

Luiss

Libera Università
Internazionale
degli Studi Sociali
Guido Carli

CERADI

Centro di ricerca per il diritto d'impresa

Le sanzioni amministrative della CONSOB: procedura di irrogazione e controllo giudiziario

Fabrizio Paviotti

Ottobre 2002

© Luiss Guido Carli. La riproduzione è autorizzata con indicazione della fonte o come altrimenti specificato. Qualora sia richiesta un'autorizzazione preliminare per la riproduzione o l'impiego di informazioni testuali e multimediali, tale autorizzazione annulla e sostituisce quella generale di cui sopra, indicando esplicitamente ogni altra restrizione

PRESENTAZIONE DEL LAVORO	4
1. IL SISTEMA SANZIONATORIO	6
1.1 LA FUNZIONE SANZIONATORIA	6
1.2 LA NOZIONE DI SANZIONE AMMINISTRATIVA	12
1.3 LA NATURA DELLE SANZIONI DELLA CONSOB	16
1.4 L'APPLICABILITÀ DELLA L N. 689/81	18
1.5 LE “NORME AMMINISTRATIVE IN BIANCO”	20
1.6 I DESTINATARI DELLE SANZIONI: DALLA PERSONA GIURIDICA ALLA PERSONA FISICA	25
1.7 I CRITERI DI COMMISURAZIONE DELLA SANZIONE	29
1.8 I CRITERI DI IMPUTAZIONE DELL'ILLECITO. IL DOLO E LA COLPA.	31
2. LA PROCEDURA SANZIONATORIA	35
2.1 LA DISCREZIONALITÀ NELL'IRROGAZIONE DELLA SANZIONE.	36
2.2 LA CONTESTAZIONE DEGLI ADDEBITI E LA GARANZIA DEL CONTRADDITTORIO. LA PARTECIPAZIONE DEGLI INTERESSATI	39
2.3 IL DIRITTO D'ACCESSO: RECENTI SVILUPPI	44
2.4 IL TERMINE DI NOTIFICA DELLE INFRAZIONI: LE SOLUZIONI GIURISPRUDENZIALI.	47
2.5 IL DUALISMO FRA LA CONSOB (PROPONENTE) E IL MINISTERO (IRROGANTE)	51
2.6 LA NATURA GIURIDICA DELLA PROPOSTA.	55
2.7 IL PROVVEDIMENTO SANZIONATORIO. LA MOTIVAZIONE DELLA SANZIONE	57
2.8 LA PUBBLICITÀ DELLA SANZIONE	62
2.9 SOLIDARIETÀ E OBBLIGO DI REGRESSO	66
3. LA TUTELA GIURISDIZIONALE	70
3.1 L'EVOLUZIONE STORICA DELLA DISCIPLINA	70
3.2 LA DISCIPLINA PREVISTA DAL TUF.	73
3.2.1 L'IMPUGNAZIONE DEL PROVVEDIMENTO	73
3.2.2 LA LEGITTIMAZIONE AD AGIRE	77
3.2.3 LA TUTELA CAUTELARE.....	80
3.3 LA RICORRIBILITÀ PER CASSAZIONE	82

3.4 LA NUOVA GIURISDIZIONE ESCLUSIVA DEL GIUDICE	
AMMINISTRATIVO.....	86

PRESENTAZIONE DEL LAVORO

Il Centro di Ricerca per il Diritto d'Impresa della Luiss Guido Carli propone all'attenzione di studiosi ed operatori, pubblicandolo sulla sua rivista on-line "Archivio CERADI", il lavoro del giovane dott. Fabrizio Paviotti dal titolo "Le sanzioni amministrative della Consob", sintesi rivisitata della sua apprezzata tesi di laurea.

L'argomento è parte di un settore normativo, quello delle "Autorità indipendenti", di grande attualità ed ormai all'attenzione dello stesso Legislatore. Nella prospettiva della risistemazione e riforma in disciplina organica di tutto il settore è stata, infatti, istituita una apposita Commissione il cui compito è stato, quello di articolare una normativa che colga e regoli i comuni profili sostanziali, non meno che quelli procedurali, in una cornice sistematica e operativa che valga per le diverse Autorità dei singoli ambiti interessati.

In questa cornice è del massimo interesse lo specifico argomento che il dott. Paviotti ha trattato con maturità espositiva e completezza, anche in considerazione della ancora scarsa quantità di specifici studi dottrinari al riguardo

Si segnalano, in particolare, ai lettori le riflessioni e i richiami giurisprudenziali sulla legittimità di "norme amministrative in bianco"; sulla questione del diritto d'accesso ai documenti amministrativi in possesso della Consob; sulla contestata opportunità di mantenere la ripartizione di competenze fra la Consob, incaricata della fase di accertamento delle violazioni e della proposta di sanzione, ed il Ministero dell'Economia, deputato all'irrogazione di essa.

Suscita poi grande interesse la disamina della problematica relativa alla esatta individuazione di quale sia il Giudice delle impugnazioni avverso i provvedimenti sanzionatori della Consob. Trascorso ormai del tempo dalla novella che ha sottoposto la materia dei pubblici servizi alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo, si assiste, tuttora, da parte degli operatori, ad un utilizzo "tuzioristico" contemporaneo contro la sanzione irrogata su proposta Consob sia del ricorso amministrativo, sia dell'opposizione alla Corte d'Appello. Il lavoro che si pubblica, nel ripercorre attentamente il mutamento del quadro legislativo e le decisioni

giurisprudenziali di segno opposto, succedutesi al riguardo, reca un meritorio contributo di chiarezza anche su questo aspetto.

Prof. Marcello Foschini
Preside della Facoltà di Giurisprudenza
LUISS Guido Carli – Roma1.

1. IL SISTEMA SANZIONATORIO

1.1 La funzione sanzionatoria

In parallelo con l'avvio del processo di transizione dal modello di economia mista a quello di economia di mercato e con la conseguente progressiva diminuzione¹ della presenza dirigistica dello Stato italiano nell'economia si è affermata l'idea di sostituire il precedente modello di intervento pubblico basato sulla potestà di direzione e controllo a favore di un nuovo modello caratterizzato essenzialmente dallo svolgimento di un'attività di regolazione dei fenomeni economici. Il modello di economia di mercato, nella sua formulazione originaria, prevede appunto non già la totale assenza di regole e l'abbandono del mercato a meccanismi di funzionamento endogeni, bensì la massima sofisticazione del sistema di regolamentazione pubblica.

Il ruolo giocato dallo Stato nella partita economica è così mutato da quello di giocatore (attore) a quello di arbitro (regolatore)², in quanto ha rinunciato a dirigere, ma ha compreso di dover comunque "arbitrare" e dar luogo ad interventi correttivi volti al generale rispetto delle regole³, particolarmente nei settori (definiti *sensibles*) che coinvolgono interessi collettivi costituzionalmente protetti, come ad esempio la difesa dei risparmiatori nel mercato mobiliare, la concorrenza nel mercato delle imprese, il pluralismo nella stampa.

Si è ritenuto preferibile che in questi settori la funzione di fissazione delle regole di condotta degli operatori e di controllo dell'osservanza di esse, non fosse svolta direttamente dai tradizionali apparati amministrativi dello Stato, inevitabilmente influenzati dalle logiche politiche del momento e in difficoltà a gestire materie contraddistinte da un notevole grado di tecnicismo, bensì fosse devoluta ad organismi, tecnicamente adeguati, tenuti del tutto svincolati dalla subordinazione gerarchica all'Esecutivo. Di qui la nascita ed il

¹ Utilizzano l'espressione "ritiro": BANI E., *Il potere sanzionatorio delle Autorità Indipendenti: spunti per un'analisi unitaria*, Torino, Giappichelli, 2000, p.16 e CARINGELLA, *Le autorità indipendenti*, in Corso di diritto amministrativo, Milano, 2001, p.626

² CARINGELLA, *Le autorità indipendenti, op. cit.*, p.626

³ BANI E., *Il potere sanzionatorio, op.cit.*, p.17

rapido sviluppo del nuovo fenomeno giuridico delle cosiddette Autorità indipendenti⁴, le cui note caratterizzanti sono l'indipendenza, la terzietà, l'imparzialità e la neutralità rispetto agli interessi in gioco.

E' utile rimarcare la differenza intercorrente fra l'attività amministrativa della Pubblica Amministrazione tradizionale e quella demandata alle Autorità indipendenti. La prima è tipicamente discrezionale⁵ in quanto si sostanzia

⁴ In generale, sulle amministrazioni indipendenti, si vedano gli scritti di: C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1988, 549 s.; A. MASSERA, "Autonomia" e "indipendenza" nell'amministrazione dello Stato, in Scritti in onore di M.S. Giannini, Milano, 1988, III, 449 s.; N. LONGOBARDI, *Le amministrazioni indipendenti. Profili introduttivi*, in Scritti per M. Nigro, Milano, 1991, II, 173 s.; G. VESPERINI, *Le funzioni delle autorità amministrative indipendenti*, in Diritto della banca e del mercato finanziario, 1990, 415 s.; A. CAGLI, *Il quadro normativo delle amministrazioni pubbliche indipendenti*, in Foro amm., 1991, 1267 s.; P. VOICI, *Le prospettive delle amministrazioni pubbliche indipendenti*, in Arch. giur., 1991, 335 s.; *Mercati e amministrazioni indipendenti*, a cura di F. Bassi e F. Merusi, con i contributi di E. CARDI, V. CERULLI IRELLI, M. CLARICH, G. FALCON, V. MEZZACAPO, in Il Mercato dei valori mobiliari, Quaderni diretti da M. Bessone, Milano, 1993. A. PERINI, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in Dir. amm., 1994, 71 s. Più di recente, sul tema delle Autorità indipendenti, nell'ampio panorama di letteratura, si veda in particolare: CARINGELLA, *Le autorità indipendenti*, op. cit.; PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, 1996; AA.VV., *I garanti delle regole*, a cura di Cassese e Franchini, Bologna, 1996; AA.VV., *Le Autorità indipendenti*, a cura di Caringella e Garofoli, Napoli, 2000; LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001. Il proliferare di tali autorità, genericamente definite autorità amministrative indipendenti, ma anche organismi a competenza propria, autorità ad alto tasso di imparzialità o autorità soggette soltanto alla legge, independent regulatory agencies, è un fenomeno che, almeno in parte mutuato dall'ormai centenario modello americano di Regulating Business by Independent Commissions, si è diffuso e sviluppato in modo particolarmente intenso nei paesi dell'Europa occidentale, tra cui la Gran Bretagna, la Francia, e, sia pure in ritardo rispetto alle altre esperienze europee, in Italia. Per l'origine storica delle independent regulatory Commissions statunitensi cfr. M.H. BERNSTEIN, *Regulatory business by independent commission*, Princeton University press, 1955; cfr. inoltre, su tali organismi, P. TESAURO, *Le Independent Regulatory Commissions*, Napoli, Jovene, 1966, R.L. RABIN, *Federal Regulation in History Perspective*, in Stanford Law Review, 1986, 1189 ss.; M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti*, Bologna, 1992, 97 ss. Cfr. inoltre, per un'analisi recente, A. SCALIA, *Le independent regulatory agencies nell'ordinamento statunitense*, in Rass. giur. energ. elettr., 1996, 313 ss. Per la dottrina francese cfr., tra gli altri, G. DUPUIS, Introduction, in C.A. COLLIARD, G. TMSIT (sous la direction de), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, 1988, 16 ss. Il moltiplicarsi, nel nostro ordinamento nazionale, di tali organismi indipendenti cui affidare l'attuazione delle politiche regolative è sottolineato da G. ROSSI, *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, 238, il quale osserva che "gran parte dell'attività regolativa viene affidata ad autorità amministrative indipendenti, che sorgono come funghi dopo la pioggia in autunno". Per le connessioni intercorrenti tra l'affermarsi delle autorità indipendenti e i processi di privatizzazione si rinvia a R. GAROFOLI, *Le privatizzazioni degli enti dell'economia. Profili giuridici*, Milano, 1998.

⁵ La nozione di discrezionalità accolta è quella di M.S. GIANNINI, *Dir. amm.*, vol. II, Milano, 1993, 49. Si vedano, tra gli altri, L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986; MORTATI, *Discrezionalità*, in *Nss. dig. it.*, V, Torino, 1098 s. Sulla Controversa

nell'esercizio del potere amministrativo attraverso la "ponderazione comparativa"⁶ fra gli interessi (privati e pubblici) secondari e l'interesse primario di cui l'Autorità che procede è portatrice⁷; in questo caso la Pubblica Amministrazione non si atteggia come organo obiettivo ed imparziale, bensì come organo di parte perchè portatore dell'interesse che l'esercizio del potere autoritativo tende a soddisfare. L'attività delle Autorità indipendenti, invece, non è discrezionale in questo senso tradizionale⁸: esse non sono chiamate a porre a confronto un interesse primario con altri interessi secondari, determinando un sacrificio di questi ultimi ove si ritenga che ciò garantisca la soddisfazione del primo, bensì, al di fuori di una ponderazione fra interessi contrapposti, a garantire da parte di tutti l'osservanza delle regole poste a tutela dell'interesse collettivo.⁹ La dottrina evidenzia, al riguardo, che l'attività delle

nozione di discrezionalità tecnica si segnalano; P. VIRGA, *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, in Jus, 1957, 95 s.; BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1985. Interessanti anche gli spunti di E. CASSETTA, *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 1993, 12 s.

⁶ GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, op. cit., 487

⁷ CREMONA, *Le Autorità indipendenti*, in *Diritto Amministrativo*, a cura di Di Benedetto, Maggioli, 1999, p.1062

⁸ Parte della dottrina esclude che le Autorità amministrative indipendenti possano essere titolari di poteri discrezionali in senso stretto, V. Cerulli Irelli, *Premesse problematiche allo studio delle "amministrazioni indipendenti"*, cit, p. 26: "E' da ritenere (...) che (...) l'esercizio del potere discrezionale propriamente inteso debba essere riservato ad organi che (...) facciano capo all'autorità di governo e perciò rispondano all'indirizzo politico e amministrativo dell'adozione del Governo quale fissato ai sensi dell'art. 95 cost. (...) Quindi alle "autorità" in oggetto possono essere affidati (...) soltanto poteri ascrivibili in senso lato, alla *regolazione e al controllo*, intesi a garantire, appunto, che determinate vicende sociali avvengano nel rispetto delle "regole del gioco". Condivide l'affermazione, F. LONGO, *Ragioni e modalità dell'istruzione delle Autorità indipendenti*, cit, p pp 16 e 20. Ricorrenti sono le affermazioni secondo cui le A.i. non perseguirebbero un interesse pubblico in senso tecnico; così G. VESPERINI, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare*, cit. p, 254; ID., *Le funzioni delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 422: "le autorità amministrative indipendenti non dispongo, salve (alcune) eccezioni (...) di poteri discrezionali"; l'A, si sofferma in un secondo momento su quelle che egli considera delle "eccezioni" a tale regola; cfr., altresì, G. AMATO, *Le Autorità indipendenti nella costituzione economica*, cit. p.15, il potere di esenzione delle intese restrittive – si afferma – dovrebbe essere attribuito ad un organo politico e non tecnico; cfr. L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in *I Garanti delle regole*, cit., p. 55: "Viene in evidenza l'impossibilità per l'Autorità indipendente, di operare in conformità ad un apprezzamento discrezionale degli interessi in gioco". Ricorrenti sono le affermazioni nel senso che le A.i. non perseguirebbero un interesse pubblico in senso tecnico; in tal senso, G. VESPERINI, *La Consob*, op. cit., cit. p. 254.

⁹ In questo senso CREMONA, *Le Autorità indipendenti*, op. cit., p.1062; LOMBARDI, *Autorità amministrative indipendenti: funzione di controllo e funzione sanzionatoria*, in *Dir. Amm.*, 1995, p.658; PERINI, *Autorità amministrative indipendenti*, op. cit., p.85

Autorità in esame assurge, nello specifico settore di competenza, ad “amministrazione pubblica del diritto privato”, come servizio dispiegato dallo Stato per giovare ai cittadini¹⁰. L’interesse pubblico primario alla cui cura sono preposte le Amministrazioni indipendenti si risolve, quindi, in “un interesse collettivo socialmente rilevante e rappresentativo di un pluralità di interessi”¹¹; le determinazioni di esse riguardano “interessi peculiari individuali...che non appaiono affatto da sacrificare nel nome di un interesse più generale, ma costituiscono il vero fine dell’azione amministrativa”¹². Le Autorità amministrative indipendenti operano, dunque, innanzitutto in funzione di vigilanza su determinate attività private regolate dalla legge o da propri provvedimenti normativi, che richiedono, ai fini della loro osservanza il rispetto e l’applicazione di norme tecniche.¹³ Ben per questo una delle caratteristiche qualificanti l’operato delle Autorità indipendenti, chiamate a regolare settori economici specifici, è quella dell’alto tasso di tecnicismo degli interventi, discendente dalla specifica valenza tecnica e professionale dei loro componenti, tale da consentire l’individuazione degli strumenti operativi meglio adatti alle esigenze di tutela di cui si tratta.¹⁴ Ne consegue¹⁵ che l’attività delle istituzioni in esame, chiamate ad agire applicando le norme specialistiche del settore regolato, è solitamente connotata da “discrezionalità tecnica”¹⁶ e non amministrativa “pura”.

¹⁰ Fu ZANOBINI, *I poteri regi nel campo del diritto privato*, Torino, 1917, p. 8 s, a fornire la definizione di “amministrazione pubblica del diritto privato” come servizio pubblico dispiegato dallo Stato per giovare ai cittadini. L’autore si rese conto che le relazioni fra privati e P.A. non doveva necessariamente risolversi in una contrapposizione tra interessi privati e pubblici, ma potevano essere anche caratterizzate dalla estraneità o indifferenza di quello pubblico rispetto ai primi. La definisce quale attività attraverso cui la P.A. viene chiamata a prendere parte alla costituzione di determinate situazioni o rapporti di diritto privato, o al fine di assicurare ad essi certezza e pubblicità, o al fine di garantire che si costituiscano in condizioni di piena legittimità senza danno per gli interessi altrui.

¹¹ PERINI, *Autorità amministrative indipendenti*, *op.cit.*, p.89

¹² DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, 1988, p.66

¹³ CREMONA, *Le Autorità indipendenti*, *op.cit.*, p.1063

¹⁴ RORDORF, *La Consob come autorità indipendente nella tutela del risparmio*, in *Foro it.*, 2000, V, 146

¹⁵ CREMONA, *Le Autorità indipendenti*, *op. cit.*, p.1062; LOMBARDI, *Autorità amministrative indipendenti*, *op. cit.*, p.658; PERINI, *Autorità amministrative indipendenti*, *op. cit.*, p.85

¹⁶ Per una dettagliata analisi della discrezionalità tecnica delle Autorità indipendenti si veda LAZZARA, *Autorità indipendenti*, *op. cit.*, p.155 ss., con ampi riferimenti dottrinari. Per il

Il settore nel quale la necessità di fissare delle norme di comportamento si è avvertita più pressante, soprattutto nella direzione di assicurare la cosiddetta “trasparenza”¹⁷ e garantire l’informazione a tutela dei risparmiatori, è stato quello dell’intermediazione finanziaria, proprio in quanto esso particolarmente si presta a continue rapidissime evoluzioni, anche tramite la creazione da parte degli operatori di “prodotti” innovativi in grado di sottrarsi alle regole prefissate.

La Consob venne istituita nell’ormai lontano 1974¹⁸ per far fronte all’esigenza che a vigilare su un settore tanto delicato fosse un organo

collegamento tra autorità indipendenti e “discrezionalità tecnica” si veda C. MALICONICO, *Le funzioni amministrative delle autorità indipendenti*, in *I garanti delle regole*, a cura di Cassese-Franchini, Bologna, 1996, p.41: “Si tratta, in sostanza, di una discrezionalità tecnica, che non può mancare nella applicazione della norma astratta di legge e che è presente anche nel sillogismo del giudice”, p.43 e p.46; configura una *riserva di tecnicità* in capo alla Consob, M. S. GIANNINI, *Consob*, in *Consob – L’istituzione e la legge penale* a cura di G.M. Flick, Roma, 1987, p.54. Analogamente, G. AMATO, *Le Autorità indipendenti*, *op. cit.*, in *Regolazione e garanzia del pluralismo*, Milano, 1997 p.3; A. ZITO, *Attività amministrativa e rilevanza dell’interesse del consumatore nella disciplina antitrust*, Torino 1998, p.173 e ss. e p.184; G. VESPERINI, *La Consob*, *op. cit.*, Padova 1993, p.279: “Il riconoscimento di un’ampia autonomia alle amministrazioni regolative [...] (è) da spiegarsi [...] con la “tecnicità” delle scelte da adottare, che impone di riservare le stesse ad appositi organismi specializzati”; G. SANTANIELLO, *Brevi note sui profili istituzionali della “nuova” Consob*, in *Foro amm.*, 1986, p.1213; A. MASSERA, *“Autonomia” e “indipendenza”*, *op. cit.*, p.480 e ss.; M. CAMMELLI, *Comunicazione*, in *Regolazione e garanzia del pluralismo* Milano 1997, p.108: “La nostra tradizione conosceva da sempre organi amministrativi a competenza generale nell’ambito di un determinato settore che nello stesso tempo davano pareri, intervenivano sul momento della regolazione della garanzia e della decisione ed erano soprattutto operanti nelle *aree ad alto valore tecnico – amministrativo*” (corsivo aggiunto). Esclude che le amministrazioni indipendenti siano titolari di poteri “discrezionali” in senso stretto L. TORCHIA, *Gli interessi affidati*, *op. cit.*, a cura di Cassese-Franchini, Bologna, 1996, p.63 e ss.; in senso analogo, M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell’autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. amm.* 1993, p.85 e ss., rinviene tra le ragioni che hanno spinto a favore della istituzione di un’autorità Antitrust l’esigenza di specializzazione connessa con l’applicazione di regole che presuppongono la conoscenza di complesse nozioni di teoria economica e una vasta conoscenza della struttura dei mercati. A tale stregua l’A. configura i poteri dell’autorità Antitrust come simili a quelli attribuiti agli organi giudiziari (ispettivi, istruttori, cautelari, sanzionatori ecc.); in una prospettiva comparatistica si muove lo studio di L. VIOLINI, *Le questioni scientifiche controverse nel procedimento amministrativo*, Milano 1986, p.21 e ss., l’A., con riferimento all’ordinamento statunitense, riferisce come la c. d. *agency* venga comunemente considerata come il soggetto istituzionale in grado di risolvere una qualunque questione complessa ed articolata. E sin dal 1887, emerge la tendenza ad affidare alle Autorità indipendenti l’esercizio di attività troppo complesse per essere regolamentate in modo preciso e univoco dal legislatore.

¹⁷ Sulla trasparenza vedi TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1992, p.88; VESPERINI G., *La Consob*, *op. cit.*, p.136

¹⁸ Legge 7 giugno 1974 n. 216, in *Gazzetta Ufficiale* 8 giugno 1974 n. 149

indipendente dal potere politico governativo e dai suoi interessi contingenti¹⁹, nonché alla necessità che regole e controlli fossero affidati ad un soggetto dotato di particolare competenza e specializzazione tecnica. Ulteriori ragioni risiedevano nella maggiore capacità della Consob, per il suo collegamento con il mercato, di raccogliere tempestivamente le informazioni utili per intervenire con regole integrative o modificative di quelle esistenti, ovvero per adottare provvedimenti di tipo autoritativo consapevoli ed attenti alle evoluzioni del mercato ed infine nella maggiore sistematicità ed elasticità dello strumento normativo ed interpretativo affidato all'Autorità indipendente rispetto alla legge o alla interpretazione dei giudici.

Al fine di perseguire l'obiettivo ad essa assegnato della tutela del risparmio, ed in particolare di sorveglianza sul mercato mobiliare italiano ai fini della tutela degli investitori, della efficienza e trasparenza, alla Consob sono stati affidati ampi poteri: essa ha funzioni normative, di vigilanza e sanzionatorie.

L'argomento oggetto del presente lavoro è l'attività sanzionatoria, quale momento conclusivo dell'attività di vigilanza, materie rivisitate da ultimo con il decreto legislativo 24 febbraio 1998 n.58 ("Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria"²⁰).

Nota caratterizzante delle Autorità indipendenti in generale e della Consob in particolare è che l'attività di vigilanza-controllo e quella sanzionatoria, funzioni per certi versi fra loro complementari e consequenziali, ma sostanzialmente distinte, il cui esercizio spetta di regola a soggetti pubblici differenti (si pensi agli organi di Polizia da un lato ed alla Magistratura giudicante dall'altro), sono concentrate in capo ad un unico organo. La ragione di questa scelta legislativa è da ricercarsi nel ruolo che queste Autorità sono chiamate a giocare quali tutori, terzi e neutrali, tesi a garantire il regolare ed equilibrato sviluppo dei settori *sensibles* di riferimento e nella posizione di obiettività ed imparzialità da esse rivestita.²¹ Detta scelta non dipende solo da esigenze di semplificazione ed efficienza dell'attività amministrativa, ma è anche il portato della consapevolezza del legislatore della necessaria intersecazione e commistione fra tali funzioni.

¹⁹ RORDORF, *La Consob come autorità indipendente*, op. cit., 146

²⁰ Di seguito semplicemente TUF (Testo Unico della Finanza)

²¹ LOMBARDI, *Autorità amministrative indipendenti*, op. cit., p.633

L'attività sanzionatoria, dunque, pur rappresentando lo strumento tecnico tipico dell'azione punitiva delle Autorità indipendenti, è funzionale al completamento di un sistema complessivo di regolazione dei settori di competenza; si presenta, infatti, da un lato come strumento di rafforzamento dei poteri di controllo ad esse demandati, dall'altro come mezzo indiretto di governo dello specifico settore.²²

1.2 La nozione di sanzione amministrativa

Secondo la dottrina²³, se per sanzione si intende la conseguenza sfavorevole di un illecito attuata coattivamente dallo Stato (od altro ente pubblico) e se per illecito si intende la violazione di un precetto, allora la sanzione costituisce la misura retributiva nei confronti del trasgressore; è dunque la risposta svantaggiosa e negativa dello Stato alla consumazione di un illecito.²⁴

Nel tentativo di identificare la nozione di sanzione amministrativa, le posizioni degli studiosi hanno sempre (oramai da ottant'anni²⁵) avuto come logico e naturale punto di riferimento il confronto con la sanzione penale e gli eventuali criteri di distinzione con essa. Tale confronto era, infatti, in passato reso necessario dalla carenza di un dato normativo specifico dalla quale conseguiva l'esigenza di ricercare principi generali desunti dalla disciplina dell'illecito penale attraverso operazioni di astrazione per poi verificarne l'applicabilità analogica all'illecito amministrativo.²⁶ Oggi, viceversa, il tema delle sanzioni amministrative è stato completamente ridefinito dal legislatore con una normativa organica, di valore generale, rappresentata dalla legge 24

²² LOMBARDI, *Autorità amministrative indipendenti, op. cit.*, p.633

²³ CASSETTA, *Sanzione amministrativa*, in Dig. (disc. Pubbl.) XIII, p.599

²⁴ BOBBIO, *Sanzione*, in Nss. D.I., XVI, Torino, 1969, p. 537; CORSO, *Preliminari ad uno studio sulla sanzione*, Milano, 1969, p. 75; ZANOBINI G., *Le Sanzioni amministrative*, Torino, 1924, p.1; CASSETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Torino, 1953, p.63; KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1952, p.18; CARNELUTTI, *Il valore della sanzione nel diritto*, in Riv. Dir. Proc., 1955, I, p.246

²⁵ I primi scritti sul tema sono del 1924 (Zanobini) e del 1925 (Tesauro)

²⁶ PALIERO C.E. – TRAVI A., *Sanzioni amministrative*, in Enc. Giur. XL, p.346

novembre 1981 n.689²⁷, al punto che il metodo di ricercare i principi ad esse applicabili attraverso il raffronto con l'illecito penale è addirittura apparso ad alcuni²⁸ non più utile.

La dottrina, al di là delle singole sfumature di pensiero dei vari Autori, si presenta al riguardo divisa in due correnti principali: quella c.d. “formalistica” e quella c.d. “sostanzialistica”.

L'impostazione “formalistica” ritiene che il criterio di distinzione tra sanzioni penali e amministrative non coinvolga profili di ordine teleologico (e per questo non prende in considerazione gli interessi tutelati), ma verta essenzialmente su criteri di tipo formale. Partendo dalla definizione, risalente a Zanobini, di sanzione amministrativa come “pena in senso tecnico”²⁹, si è individuata³⁰ in tale istituto una funzione afflittiva analoga e coincidente a quella delle pene criminali. In questo senso si è ritenuto³¹ necessario distinguere le sanzioni “afflittive” (definite “sanzioni in senso stretto”) da tutte quelle misure (“ripristinatorie”) le quali, pur consistendo anch'esse nell'infliczione di un male in risposta alla contravvenzione ad un precetto giuridico, sono differenti sotto il profilo teleologico, in quanto assolvono ad una funzione direttamente riparatoria dell'interesse violato.

La sanzione amministrativa sarebbe volta a colpire il responsabile indipendentemente dalla soddisfazione diretta dell'interesse pregiudicato, che, secondo questa tesi, è rappresentato dal rispetto dell'ordine giuridico. I “formalisti” ritengono che la sanzione amministrativa sia posta a tutela dell'ordinamento generale e non di quello particolare della pubblica

²⁷ Di seguito semplicemente L. n. 689/81

²⁸ Di questo avviso è TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983. Ma vedi quanto si dirà in seguito

²⁹ ZANOBINI G., *Le Sanzioni amministrative*, op. cit., p.38; l'Autore ne trae la conseguenza per cui l'applicazione di tale pena costituisce, per l'amministrazione verso la quale corrono i doveri cui essa accede, un diritto soggettivo, distinguendosi così da quella penale la cui applicazione costituisce per lo Stato un dovere al quale esso adempie nella sua attività giurisdizionale.

³⁰ CASETTA, *Sanzione amministrativa*, op. cit., secondo cui “La sanzione ha carattere eminentemente afflittiva; essa è la conseguenza di un comportamento antiggiuridico di un soggetto di cui è diretta e immediata conseguenza”; ROSINI, *Le sanzioni amministrative-La giurisdizione ordinaria*, Milano, Giuffrè, 1991; SANDULLI M.A., *Le Sanzioni amministrative pecuniarie*, Napoli, 1983

³¹ SANDULLI M.A., *Sanzioni amministrative*, in Enc giur. Treccani X, p.2

amministrazione³². Essa assolverebbe, quindi – esclusivamente – alla funzione punitiva e repressiva degli illeciti posti in essere con la violazione dei precetti normativi. Considerata l'omogeneità funzionale tra sanzioni penali e amministrative che discende dal comune carattere di afflittività, il criterio di distinzione fra esse è determinato sulla base del diverso carattere delle conseguenze derivanti dalla loro rispettiva comminazione. In altre parole, come sottolineato da Zanobini³³, non è attraverso la considerazione dell'illecito che si può individuare la natura della sanzione, ma è attraverso quest'ultima che si coglie la valutazione che l'ordinamento compie di quello. Ulteriore criterio formale di distinzione si fonda sulla constatazione che la sanzione amministrativa si caratterizza per essere una misura irrogata da una autorità amministrativa, attraverso un procedimento amministrativo, nell'esercizio di una potestà amministrativa³⁴. Già risalente dottrina, infatti, sottolineava che le sanzioni amministrative si distinguono da quelle penali non solo per il criterio estrinseco secondo cui vengono applicate da una autorità amministrativa, "ma anche per quello sostanziale che quest'ultima le applica in base ad un potere amministrativo".³⁵

L'impostazione della dottrina "formalistica" è stata già in passato sottoposta ad una revisione critica da parte di coloro³⁶ che ritenevano non sempre sostenibile la concezione puramente formale ed afflittiva dell'illecito amministrativo.

La tesi di questi autori, definiti "sostanzialisti" utilizza come centro dell'indagine gli interessi tutelati³⁷, che sarebbero rappresentati dalla osservanza degli obblighi verso la pubblica amministrazione ed in particolare

³² CANNADA BARTOLI E., *Illecito* (dir. Amm.), in Enc.dir.,XX, Milano,1970, p.113. L'Autore riprende la distinzione tra sanzioni relative a doveri generali e sanzioni relative a doveri particolari formulata da ZANOBINI G., *Le Sanzioni amministrative*, op. cit., p.56

³³ ZANOBINI G., *Rapporti fra il diritto amministrativo e il diritto penale*, in Scritti vari di diritto pubblico, Milano, 1955, p.140

³⁴ CASETTA , *Sanzione amministrativa*, op. cit., p.599

³⁵ ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1930, p.270

³⁶ OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, in Riv. Trim. dir. Pubbl., 1958, p.847; BENVENUTI, *Autotutela*, Enc.dir.,IV, Milano, 1959, p.550

³⁷SANDULLI A.M., *Manuale di diritto Amministrativo*, Milano, 1993, p.174, secondo cui "la sanzione amministrativa è finalizzata al presidio degli interessi lesi e tutelati, in particolare attinenti ai doveri generali o speciali verso la pubblica amministrazione."

dall'ottemperanza dei suoi atti.³⁸ Le sanzioni amministrative sarebbero dirette a reintegrare non l'ordinamento generale, ma quello amministrativo³⁹ ed in questo senso esse sarebbero soltanto quelle che assicurano lo svolgimento di una attività amministrativa e non anche quelle che sanzionano precetti di legge⁴⁰. Per la dottrina "sostanzialista", le sanzioni amministrative costituiscono dunque uno strumento per la tutela indiretta⁴¹ di interessi pubblici ed in particolare per la realizzazione di funzioni e di interessi imputati alla stessa amministrazione titolare della potestà sanzionatoria⁴². Pertanto esse hanno una finalità prevalentemente ripristinatoria dell'interesse amministrativo leso.

L'impostazione "sostanzialistica", che attribuisce alla sanzione amministrativa una funzione strumentale⁴³ rispetto al conseguimento degli scopi dell'attività pubblica, appare decisamente confacente all'attività sanzionatoria delle *Authorities*.

Le misure sanzionatorie di cui esse possono avvalersi non sono volte a punire⁴⁴, ma a garantire il rispetto delle disposizioni emanate per il "governo"

³⁸ TESAURO A., *Le Sanzioni amministrative punitive*, Napoli, 1925, p.90

³⁹ OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento amministrativo*, op. cit., p.847

⁴⁰ TESAURO A., *Le Sanzioni amministrative punitive*, op. cit., p.90

⁴¹ BENVENUTI, *Autotutela*, op. cit., p.550, secondo cui "il nome di sanzioni amministrative in senso stretto va riservato a quelle ipotesi in cui la comminazione di una misura svantaggiosa per il privato non consegue lo scopo di assicurare la esecuzione di un precetto attraverso la soddisfazione di un interesse dell'amministrazione, garantito da quel precetto, ma agisce indirettamente per quello scopo limitandosi a costituire un effetto dannoso per chi abbia posto in essere il comportamento difforme dal precetto. Le sanzioni, come decisioni di autotutela indiretta, nè raggiungono lo scopo perseguito dall'amministrazione nè soddisfano il relativo interesse, ma si pongono come forme strumentali rispetto ad essi."

⁴² TRAVI, *Sanzioni amministrative*, op. cit.

⁴³ Sul rapporto di strumentalità tra il potere sanzionatorio e quello di vigilanza (e viceversa) si veda RORDORF, *La Consob come autorità indipendente*, op. cit., 146; CREMONA, *Le Autorità indipendenti*, op. cit., p.1066, parla di "stretto legame sussistente tra controlli e sanzioni"; LOMBARDI, *Autorità amministrative indipendenti*, op. cit., p.633; BANI E., *Il potere sanzionatorio*, op. cit., p.39 "Se è vero che il potere sanzionatorio è un tutt'uno con quello di vigilanza e di regolazione, anche le forme di tutela contro l'esercizio dello stesso ne verranno influenzate. In particolare, più il potere sanzionatorio assumerà connotati di strumentalità alla vigilanza, tanto più si allontanerà dal modello esclusivamente afflittivo che è alla base della disciplina generale delle sanzioni amministrative dettata dalla 689/81 e pertanto richiederà adattamenti sempre più derogatori, anzi autonomi, rispetto a quella disciplina."

⁴⁴ BANI E., *Il potere sanzionatorio*, op. cit.; LAZZARA, *Autorità indipendenti*, op. cit.

del settore economico di competenza, rappresentando in questo modo gli strumenti per la realizzazione degli scopi ad esse affidati

Le sanzioni amministrative, anche ove volte a colpire i responsabili delle trasgressioni, non hanno mai, dunque, come finalità esclusiva l'afflizione dell'agente, perchè attraverso la loro irrogazione l'Autorità persegue comunque *in primis* l'interesse pubblico affidato alle sue cure.⁴⁵

La distinzione tra sanzioni "afflittive" (con funzione tipicamente punitiva) e sanzioni "ripristinatorie" (strumento per l'esercizio del potere amministrativo) trova le sue origini nella giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁴⁶, le quali, chiamate a risolvere conflitti di giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo in materia di ricorsi avverso le sanzioni amministrative, si sono attestate, ai fini del riparto di giurisdizione, sul criterio distintivo basato sulla posizione soggettiva coinvolta. Si configura un interesse legittimo (ovviamente devoluto alla giurisdizione del giudice amministrativo) o un diritto soggettivo (attribuito alla cognizione del giudice ordinario) secondo, rispettivamente, che la situazione giuridica soggettiva resti inclusa nell'area dei poteri autoritativi dell'amministrazione per le cure ed il governo di pubblici interessi, come avviene nel caso delle cosiddette sanzioni "ripristinatorie", o viceversa esuli da detta area, come nel caso di sanzioni con funzione direttamente "afflittiva" (punitiva) e solo mediatamente preordinata alla tutela di fini pubblici.⁴⁷

1.3 La natura delle sanzioni della Consob

Il TUF ha riordinato la disciplina delle sanzioni in materia di intermediazione finanziaria radunando in una sola Parte (la V) del

⁴⁵ TRAVI, *Sanzioni amministrative, op. cit.*, p.244

⁴⁶ Cass., S.U., 24 febbraio 1978 n.926, in *Foro it.*, 1978, I, 1174 con nota di C.M.Barone; più di recente Cass., sez. un., 3 febbraio 1989 n.660, in *Foro it.*, 1989, I, 1076; Cass. S.U., 8 gennaio 1992 n.1799; lo stesso orientamento è espresso da Cons.St., Ad.Plen., 28 ottobre 1980 n.42, in *Foro it.*, 1981, III, 68

⁴⁷ Anche di recente le Sezioni Unite (Cass., sez. un., 5 gennaio 1994, n. 52, in *Foro it.*, 1994, I, c. 732 s. con nota critica di A. Barone) hanno posto in rilievo che il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti non ha natura esclusivamente punitiva, bensì reintegratoria, essendo il medesimo incluso nell'area dei poteri autoritativi attribuiti dall'ordinamento all'Amministrazione per il conseguimento dell'interesse pubblico.

provvedimento legislativo tutte le norme a contenuto sanzionatorio, distinte in due gruppi omogenei a seconda della rispettiva natura delle singole misure: quelle penali nel Titolo I e quelle amministrative nel Titolo II.

Le sanzioni amministrative della Consob sono certamente connotate dalla "afflittività"⁴⁸: basti osservare che anche se è prevista la possibilità della graduazione della sanzione amministrativa pecuniaria con riguardo alla effettiva gravità della violazione, l'irrogazione della sanzione prescinde dalla correlazione con il danno, nel senso che il solo aver posto in essere la violazione di una regola di condotta dettata nell'interesse pubblico è la base per l'inflizione della sanzione medesima.⁴⁹ Del resto, previsioni come quelle della pubblicazione generalizzata (per estratto) sul Bollettino della Autorità del provvedimento di applicazione della sanzione⁵⁰, oppure dell'obbligo per la società di appartenenza del trasgressore di agire in regresso contro di lui, o ancora, per un ampio numero di casi, dell'esclusione dal beneficio del pagamento della sanzione in misura ridotta, consentito, invece, dall'art.16 L. n. 689/81, sono tali da rimarcare senz'altro detta portata afflittiva della sanzione.⁵¹

Nonostante la presenza dei citati elementi di afflittività la finalità predominante è quella "ripristinatoria" dell'interesse amministrativo specifico affidato alla Consob e lesa dal comportamento illecito che si intende sanzionare.

⁴⁸ Per l'afflittività delle sanzioni amministrative in generale si veda SANDULLI M.A., *Sanzioni amministrative*, op. cit., p.2; TRAVI A., *Sanzioni amministrative*, op. cit., p.16 e 58

⁴⁹ MOLE'-FANTOLA, *Decreto Eurosim: le sanzioni amministrative*, in *Le Società*, 1996, p.1053, parla di "carattere marcatamente afflittivo".

⁵⁰ Sull'afflittività di tale previsione vedi CLARICH M., *Le sanzioni amministrative nel testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia: Profili sostanziali e processuali*, in *Scritti in memoria di Aldo Piras*, Milano, 1996, p.65

⁵¹ Per le considerazioni in merito al carattere afflittivo delle sanzioni amministrative pecuniarie previste dal testo unico bancario si veda: CLARICH M., *Le sanzioni amministrative*, op. cit., p. 65; CONDEMI, *Commento sub artt 144 e 145 t.u. bancario*, in AA.VV. *Commentario al t.u. delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Capriglione, Padova, 1994, p. 713; CECI-IAPICHINO, *Sanzioni amministrative*, in AA.VV. *La nuova legge bancaria*, a cura di Ferro-Luzzi e Castaldi, Milano, 1996, p.2113; MATTARELLA, *Le sanzioni amministrative nel nuovo ordinamento bancario*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1996, p.714

1.4 L'applicabilità della L n. 689/81

Le sanzioni amministrative della Consob, previste dagli articoli da 188 a 196, sono quasi tutte pecuniarie in quanto obbligano al pagamento di una somma di denaro che può oscillare tra un limite minimo e massimo predeterminati per legge. Si è detto "quasi" perchè nel TUF, all'art.196, si rinvencono anche due fattispecie di sanzione amministrativa interdittiva previste per i promotori finanziari e consistenti nella sospensione da uno a quattro mesi e nella radiazione dall'albo.

Le sanzioni amministrative pecuniarie sono oggi espressamente disciplinate dalla L. n.689/81 che, al Capo I sotto l'ampio titolo "sanzioni amministrative", detta una serie di principi di carattere generale diretti a regolare l'accertamento e la repressione di tutte le violazioni *"per le quali sia prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro"* (art.12).

Le disposizioni del Titolo II del TUF che prevedono le ipotesi di sanzioni amministrative e che ne disciplinano il procedimento di irrogazione non costituiscono un sistema pienamente autonomo; se ne rende, pertanto, necessaria l'integrazione con le previsioni della L. n. 689/81 sulle sanzioni amministrative sia per quanto riguarda i principi generali, come ad esempio in tema di elemento soggettivo (art.3), sia per alcune questioni procedurali, come la decorrenza del termine di notifica delle infrazioni (art.14).

E' pacifica in giurisprudenza⁵² ed in dottrina⁵³ l'applicabilità di tale legge alle ipotesi sanzionatorie in esame. Del resto, la legge di delegazione (L. 6 febbraio 1996 n. 52) con cui sono stati fissati i principi e criteri direttivi cui attenersi nell'emanazione del TUF, aveva espressamente previsto (art. 21 comma 1 lett. r)⁵⁴ che il Decreto legislativo delegato dovesse tener conto dei

⁵² La giurisprudenza è abbondante e riguarda tutti i casi in cui viene in rilievo l'applicazione alle sanzioni amministrative del TUF di norme specifiche della L. n. 689/81; tale applicazione è pacifica nella giurisprudenza della Cassazione e delle Corti d'Appello "in assenza di diversa previsione ovvero di espressa od implicita deroga nella normativa speciale del TUF". In tal senso vedi da ultimo Cass. Civ., sez V, 25 maggio 2001 n.7143 in materia di applicazione dell'art.14 L. n. 689/81. Cass civ. S.U., 11 luglio 2001 n.9383 in materia di sanzioni ai promotori finanziari.

⁵³ Per tutti vedi SEGNI, *I mercati e i valori mobiliari*, in Trattato di Diritto amministrativo, a cura di Cassese, III, Milano, 2000, p.2239; LAMPONE, *Le sanzioni amministrative*, in AA.VV. *Il nuovo diritto societario e dell'intermediazione finanziaria*, a cura di Di Noia - Razzante, Padova, Cedam, 1999, p.624

⁵⁴ Legge n. 52 del 06/02/1996 articolo 21, comma 1 lett. r): "prevedere che, fermo restando quanto stabilito dall'art. 3, comma 1, lettera c), della presente legge, nel definire le

principi della L. n.689/81. Ovviamente questo deve avvenire con le eccezioni derivanti dall'inciso, contenuto nell'art.12 della legge stessa, *"in quanto applicabili e salvo che non sia diversamente stabilito"* .

D'altronde è lo stesso TUF che rende evidente detta applicabilità delle norme generali della L. n.689/81 alle sanzioni amministrative della Consob; esso, infatti, prevede espressamente al comma 2 dell'art.188 e al comma 4 dell'art.190 che per le sanzioni previste da tali articoli non si possa ricorrere al "pagamento in misura ridotta" previsto dall'art. 16 L. n. 689/81, con ciò facendo implicito richiamo a tutte le altre disposizioni contenute in tale legge. In termini più diretti, al comma 3 del successivo art.196, disciplinante le sanzioni pecuniarie e interdittive per i promotori finanziari, è positivamente affermata l'applicazione anche a tale ultima categoria di sanzioni di tutte le disposizioni contenute nella L. n.689/81, con la sola eccezione del citato art.16.

Rispetto alla disciplina generale della L. n. 689/81, nell'art.195 TUF si rinvencono precise deroghe consistenti: nell'applicazione delle sanzioni con "decreto motivato" (comma 1), invece che con l'"ordinanza-ingiunzione" di cui all'art.18 L. n.689/81; nella diversa Autorità giudiziaria competente a giudicare sulla opposizione al provvedimento irrogativo della sanzione, che nel TUF è la Corte d'Appello del luogo in cui ha sede la società o l'ente cui appartiene l'autore della violazione (comma 4), laddove nella L. n.689/81 è il Tribunale⁵⁵ (o il Giudice di Pace a seconda della materia) del luogo in cui è stata commessa la violazione (art.22); nella natura della decisione del Giudice che nel comma 7 dell'art.195 è il "decreto motivato", mentre nella legge generale è la "sentenza" (art.23); infine, nella circostanza che, pur prevedendo anche il TUF la solidarietà per il pagamento dell'obbligazione in capo alla società cui appartiene l'autore della violazione, il comma 9 dell'art.195 ne fa discendere l'obbligo di esercitare il diritto di regresso verso i responsabili, mentre l'art.6 L. n.689/81 dispone il solo "diritto" di regresso per l'intero.⁵⁶

sanzioni amministrative pecuniarie previste per assicurare l'osservanza delle norme di recepimento e delle disposizioni generali o particolari emanate sulla base di esse si tenga conto dei principi della legge 24 novembre 1981, n. 689 e successive modificazioni, con particolare riguardo all'applicazione delle sanzioni nei confronti delle persone fisiche."

⁵⁵ Il testo originario dell'art.22 L. n.689/81 prevedeva l'opposizione al Pretore. L'Ufficio del Pretore è stato soppresso con il d.lgs. 19 febbraio 1998 n.51

⁵⁶ Di tutti questi aspetti si tratterà dettagliatamente in seguito.

Il TUF, peraltro, per molti aspetti procedurali, ma anche per la configurazione di alcune fattispecie sanzionatorie, si ispira alla disciplina dettata in materia bancaria, derivandone la necessità di una lettura coordinata tra i due testi unici, al fine di utilizzare le riflessioni dottrinarie sviluppatesi con riguardo al TUB anche in riferimento (per analogia) alla materia in esame.

1.5 Le “norme amministrative in bianco”

Il TUF in alcune disposizioni individua le fattispecie sanzionate attraverso un rinvio a volte tassativo ad articoli e commi, a volte generico a Capi, Titoli e Parti del TUF.

Tale tecnica legislativa non costituisce una novità, visto che riproduce lo schema già introdotto nei precedenti normativi del testo unico bancario e del decreto Eurosim, ed è stata mantenuta anche nell'articolo in esame nonostante fosse già in precedenza stata oggetto di aspre critiche. Va, comunque, sottolineato il notevole miglioramento, sotto l'aspetto della maggior determinatezza delle norme sostanziali richiamate, rispetto alla normativa previgente (art. 13 comma 3 della L. n. 1/91) che faceva riferimento in termini generici al "*caso di accertata irregolarità ovvero di accertata violazione di legge o di regolamento o di disposizioni impartite dalle Autorità di vigilanza*".

La tecnica del rinvio comporta inconvenienti pratici di non secondaria rilevanza, in quanto il richiamo di numerosissime ed eterogenee norme del testo unico ostacola la conoscibilità delle sanzioni⁵⁷ perché non risulta sempre agevole l'individuazione della condotta assoggettata a sanzione, anche a causa della genericità che in taluni casi caratterizza il contenuto della norma richiamata. Non sussistono, invece, profili di illegittimità costituzionale dal momento che tale tecnica può essere ritenuta compatibile con la natura non penale dell'illecito che mira a sanzionare⁵⁸.

⁵⁷ SASSANI-CARDI *Le sanzioni amministrative*, in "*Intermediazione finanziaria, mercati e società quotate*" Patroni-Griffi, Sandulli, Santoro (a cura di), Torino, 1999, p.1258

Per le sanzioni bancarie: CECI-IAPICHINO, *Sanzioni amministrative*, op. cit., in AA.VV. *La nuova legge bancaria*, op. cit., p. 2110

⁵⁸ SGUBBI, *Le sanzioni*, in AA.VV., *La riforma delle società quotate*. Atti del Convegno di studio, S.Margherita Ligure, 13-14 giugno 1998, Milano, 1998, p.313; ma contra GIAVAZZI, *Profili penali dell'apparato sanzionatorio*, in MARCHETTI-BIANCHI, *La disciplina delle società quotate nel testo unico della Finanza*, Milano, 2000, p.1970

Se il metodo del rinvio, sia esso specifico o generico, a norme (primarie) dello stesso TUF per l'individuazione della condotta sanzionata comporta "solo" problemi pratici di chiarezza ed immediata conoscibilità, diversamente la presenza nel TUF di vere e proprie "norme amministrative in bianco"⁵⁹ solleva anche dubbi di legittimità in quanto la configurazione dell'illecito viene in questo modo ad essere demandata alla normazione secondaria.

Partendo dalla norma sanzionatoria dell'art. 189 si rileva che essa è solo "indirettamente" in bianco, in quanto rinvia a specifiche disposizioni del testo unico, le quali poi, a loro volta, richiamano quelle regolamentari da emanarsi da parte dell'Organo di vigilanza.⁶⁰

Con il primo comma dell'art.190, invece, il legislatore ha previsto la punizione delle violazioni delle "*disposizioni generali o particolari emanate dalla Banca d'Italia o dalla CONSOB in base ai medesimi articoli*", per cui è in via diretta la stessa disposizione sanzionatoria a fare espresso rinvio alla normazione secondaria, creando un collegamento fra norma primaria e norma secondaria che affida a quest'ultima il compito di qualificare determinati elementi di fatto rilevanti, sotto il profilo dell'antigiuridicità, per identificare l'oggetto materiale dell'illecito. Quest'inciso dell'art. 190 sembrerebbe, dunque, conferire all'Autorità amministrativa il potere, con "delega in bianco", di creare innumerevoli nuove fattispecie di illecito amministrativo.

E' necessaria una riflessione sulla legittimità di questa previsione e, quindi, sulle modalità applicative del principio di legalità alle sanzioni amministrative.

Una tesi⁶¹, condivisa espressamente anche dalla Corte Costituzionale⁶² in una sentenza rimasta però isolata, riconduceva le sanzioni amministrative

⁵⁹ La dottrina amministrativistica ritiene ammissibili figure di sanzioni amministrative pecuniarie in bianco: PAGLIARI, *Profili teorici della sanzione amministrativa*, Padova, 1988, p.214; BERLIRI, *Sanzioni amministrative e principi costituzionali della potestà punitiva penale*, in *Le Sanzioni amministrative* (Atti del XXVI Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione. Varenna, 18-20 Settembre 1980), Milano, 1982, p.293

⁶⁰ Tali norme regolamentari devono stabilire in particolare la definizione di "partecipazioni qualificate" e "soglie partecipative rilevanti", nonché le modalità con le quali devono effettuarsi le comunicazioni, i tempi delle stesse ed i soggetti che vi sono tenuti.

⁶¹ SANDULLI A.M., *Manuale di diritto Amministrativo*, op. cit., p.138

⁶² Corte Cost. 3 agosto 1967 n.78 "il principio della legalità della pena è ricavabile, anche per le sanzioni amministrative, dall'art. 25, secondo comma, Cost., in base al quale è

alla sfera di applicazione dell'art. 25 comma 2 Cost., che avrebbe riguardato - sia secondo un'interpretazione letterale che secondo un'interpretazione logica e sistematica di essa - l'intero ambito del diritto punitivo.⁶³

La dottrina prevalente⁶⁴ si è invece orientata ad affermare che le due tipologie di sanzioni sono ben diverse, in quanto differenti ne sono le basi costituzionali: per l'illecito penale, gli artt. 25 comma 2 e 27, per l'illecito amministrativo gli artt. 23 e 97.

L'inapplicabilità all'illecito amministrativo dell'art. 25 è sostenuta in base a ragioni di ordine storico (i lavori preparatori della Costituzione non contengono alcun accenno alle sanzioni amministrative, limitando esplicitamente la portata dell'art. alle pene criminali e alle misure di sicurezza) e sistematico (sua collocazione in un contesto di principi prettamente penalistici)⁶⁵.

Dello stesso avviso è la giurisprudenza costituzionale, che opera un raffronto fra illecito penale e illecito amministrativo e ne mette in luce le differenze strutturali e di disciplina. Secondo la Corte Costituzionale, l'esigenza, comunque riconosciuta, "della prefissione *ex lege* di rigorosi criteri di esercizio del potere relativo all'applicazione o alla non applicazione" delle sanzioni amministrative si pone "in riferimento sia al principio di imparzialità (art. 97 Cost.), ... sia al principio di cui all'art. 23 Cost.", con la conseguenza che sarebbero, comunque, applicabili alle sanzioni amministrative i principi elaborati con particolare riferimento a quest'ultima norma.⁶⁶

La diversa collocazione costituzionale dell'illecito amministrativo rispetto a quello penale comporta notevoli differenze di regime sul piano delle fonti, la più importante delle quali attiene alla riserva di legge.

necessario che sia la legge a configurare, con sufficienza adeguata alla fattispecie, i fatti da punire".

⁶³ SANDULLI M.A., *Le Sanzioni amministrative pecuniarie*, op. cit., p.72

⁶⁴ CAPACCIOLI, *Principi in tema di sanzioni amministrative: considerazioni introduttive*, in *Le sanzioni in materia tributaria*, Milano, 1979, p.135

⁶⁵ PALIERO C.E. – TRAVI A., *La Sanzione amministrativa*, Milano, 1988, p.137

⁶⁶ Corte Cost. Sent n. 29 del 1961; n. 68 del 1963 ; n.19 del 1970 ; n.68 del 1984 in Foro it. 1984, I, 906; n.226 del 1986 in Foro it. 1987, I, 2682; ord. nn.420 e 421 del 1987 in Giur. cost. 1987, fasc.12.

Mentre l'art. 25 contiene una riserva di legge assoluta, l'art. 23 ne contiene una solo relativa per l'imposizione delle prestazioni patrimoniali, quali sono anche i pagamenti relativi alle sanzioni amministrative. Vi è da chiedersi se la riserva di legge contenuta nell'art. 1 della L. n. 689/81, nonostante la formulazione linguistica ricalcata sull'art. 25 comma 2, abbia carattere relativo o assoluto.

La conclusione cui può giungersi sulla problematica afferente la presunta illegittimità costituzionale dell'art 190 TUF è in ogni caso la medesima (di sua legittimità) sia che si accolga la tesi della riserva di legge relativa⁶⁷, sia che si assuma quella opposta della riserva assoluta⁶⁸.

Infatti, anche laddove si ritenga che il principio di legalità fissato dall'art. 1 della L. n. 689/81 si concreti in un regime di riserva assoluta di legge, si deve ammettere, come fatto da quella giurisprudenza di merito che ha aderito a quest'ultima impostazione, che l'efficacia di tale riserva – a differenza della riserva di legge assoluta prevista con riguardo all'illecito penale direttamente dall'art. 25 Cost. – non è di rango costituzionale (in quanto la materia delle sanzioni amministrative sul piano costituzionale è riconducibile all'art. 23 cost., che stabilisce solo una riserva di legge di natura relativa), bensì opera sul piano della forza di legge ordinaria.⁶⁹

Ne consegue, secondo quanto affermato dalla Cassazione⁷⁰ e dal Consiglio di Stato⁷¹, che se può ammettersi che senza una legge che deroghi al suddetto art. 1 L. n. 689/81 non sarebbe possibile l'introduzione di sanzioni amministrative mediante fonti secondarie, deve invece ritenersi che questa possibilità ben possa essere ammessa da una legge ordinaria successiva a detta L. n. 689/81, che la preveda in via generale o per singoli settori.

Dunque, nella materia in esame la disposizione generale sulle sanzioni amministrative di cui all'art. 1 della L. n. 689/81, risulta parzialmente derogata

⁶⁷ Corte d'Appello di Firenze, Sez. I Civile, decreto 14 giugno 2001

⁶⁸ Corte d'Appello di Milano, Sez. I Civile, decreti 28 marzo – 24 luglio 2001; 3 maggio – 24 luglio 2001; 14 settembre – 21 settembre 2001

⁶⁹ CERBO P. *Le sanzioni amministrative*, Giuffrè, Milano, 1999, p.45 e 47

⁷⁰ Cass.Civ., sez I, 6 novembre 1999, n.12367

⁷¹ Cons. St., sez consultiva atti normativi, 30 giugno 1997, n.58 in Cons. stato 1998, I, 511 E' possibile derogare al principio di legalità di cui all'art 1 L. n. 689/81, "laddove norme primarie abbiano operato una delegificazione della materia, sicché legittimamente il regolamento attuativo può prevedere sanzioni amministrative".

dalla disciplina speciale dettata per le violazioni delle norme sulla intermediazione finanziaria. Sia il previgente art. 13 L. n. 1/91, sia l'art. 43 del decreto n. 415/96, sia infine l'art. 190 TUF, legittimamente, dunque, attribuiscono all'Autorità di vigilanza il potere di integrare la disciplina sanzionatoria legale con l'adozione di provvedimenti regolamentari idonei a meglio specificarne le previsioni e le direttive generali contenute nei singoli articoli richiamati, ma sempre disciplinando la stessa materia, per le finalità ed entro i limiti fissati dalla legge.⁷²

È, quindi, di tutta evidenza l'importanza che, nel comma 1 dell'art.190, assume l'inciso *"in base ai medesimi articoli"*, apposto in riferimento al richiamo delle *"disposizioni generali o particolari emanate dalla Banca d'Italia o dalla Consob"*: tale inciso costituisce il limite e criterio direttivo fondamentale per l'emanazione sia delle disposizioni generali che delle disposizioni particolari da parte delle Autorità di vigilanza. Rappresenta, quindi, l'elemento in grado di porre quella che si è chiamato "norma amministrativa in bianco" al riparo da eventuali censure di legittimità costituzionale.

Questa impostazione è apparsa particolarmente condivisibile visto che afferisce ad un settore come quello in questione, caratterizzato da un alto tasso di tecnicismo operativo. Ove si rinunciassero al rinvio alle fonti secondarie, la previsione sanzionatoria finirebbe col perdere le caratteristiche proprie dello strumento di tutela specifico degli interessi amministrati: la flessibilità e la precisione tecnica (che è essenziale alla tassatività, requisito irrinunciabile per sanzioni che vanno irrogate dall'Autorità amministrativa).⁷³ Va considerata, infatti, l'assoluta peculiarità della materia: di certo essa, per la rapidissima e continua evoluzione degli strumenti tecnici, giuridici e finanziari che la caratterizzano, non si presta agevolmente alla cristallizzazione di un catalogo descrittivo di illeciti, bensì palesa l'esigenza di disporre di strumenti normativi dotati di estrema duttilità e flessibilità.⁷⁴

In effetti, nel settore dell'intermediazione finanziaria - in forza dell'enorme mole di rinvii a regolamenti della Consob - è predominante l'utilizzo della normazione secondaria anche su aspetti di delicata importanza;

⁷² Corte d'Appello di Milano, Sez. I Civile, decreti 28 marzo - 24 luglio 2001; 3 maggio - 24 luglio 2001; 14 settembre - 21 settembre 2001

⁷³ ROSINI, *Le sanzioni amministrative*, op. cit., p.53

⁷⁴ MERUSI, in AA.VV., *Mercati e amministrazioni indipendenti*, op. cit., p.178

potrebbe allora derivarne il rischio di una crescita smisurata del processo di amministrativizzazione di questo settore⁷⁵. Tuttavia, lo spettro di una possibile evoluzione patologica in tal senso è stato efficacemente fugato da chi ha sostenuto che, in materia di intermediazione finanziaria il ricorso alle fonti sub-legislative è l'unico strumento in grado di consentire l'adeguamento della disciplina (di natura prevalentemente tecnica) nei tempi imposti dalla dinamicità dei mercati, evitando pericolose ingessature della normativa.⁷⁶

A conferma del massiccio utilizzo, nei procedimenti sanzionatori, del richiamo a disposizioni di fonte secondaria, si evidenzia come, nella pratica, nella maggioranza dei casi la sanzione venga irrogata per la violazione del combinato disposto di norme del TUF e del Regolamento Consob n.11522/1998.⁷⁷

1.6 I destinatari delle sanzioni: dalla persona giuridica alla persona fisica

Per esaminare la questione dei soggetti responsabili appare indispensabile verificare se nel campo delle sanzioni amministrative sia vigente un principio di personalità della pena analogo a quello previsto in ambito penale, dal sussistere del quale deriverebbe come corollario l'affermazione anche nella sfera dell'illecito amministrativo del principio sintetizzato dal broccardo *societas delinquere non potest*.

Parte della dottrina⁷⁸ ritiene costituzionalizzato il principio di personalità della responsabilità amministrativa, trovandone il fondamento nell'art. 27 comma 1 Cost.. Questa tesi viene confutata da altra dottrina⁷⁹ sotto vari punti di vista: in particolare sul piano strettamente testuale in conseguenza

⁷⁵ LAMPONE, *Le sanzioni amministrative*, op. cit., in AA.VV. *Il nuovo diritto societario*, op. cit., p.639

⁷⁶ Intervento svolto dall'allora Direttore Generale del Ministero del Tesoro, professor Mario Draghi, nel corso della audizione davanti alle Commissioni Giustizia, Finanze e Tesoro il 22 gennaio 1998.

⁷⁷ Decreti del Ministro dell'Economia e delle Finanze, n.303677 del 19/12/2000; n.605033 del 30/03/2001; n.303786 del 2/02/2001; n.605547 del 6/07/2001; n.605859 del 18/09/2001; n.605825 del 9/08/2001

⁷⁸ SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, Bologna, 1983, p.83

⁷⁹ PALIERO C.E. – TRAVI A., *Sanzioni amministrative*, op. cit., p.376

del fatto che se nell' art. 25 comma 2 Cost. il termine "punito", per la sua portata generale è suscettibile di un'estensione a pene diverse da quelle criminali, la locuzione "responsabilità penale" presente nell'art. 27 Cost. può essere soltanto evocativa del diritto penale. A ciò si aggiunge il rilievo storico che, durante i lavori preparatori della Costituzione, l'attuale formulazione del comma 1 dell'art. 27 Cost. fu sostituita a quella originaria di maggiore ampiezza "la responsabilità è personale", proprio per circoscrivere il principio di personalità alla responsabilità penale.

Anche la Corte Costituzionale ha avuto modo di affermare che l'intero testo dell'art. 27 Cost. si applica soltanto alla responsabilità penale e che il principio di personalità della pena opera esclusivamente nei confronti delle pene vere e proprie e non ha alcuna attinenza con le sanzioni di altra natura⁸⁰.

Si può, quindi, concludere nel senso che, nel nostro ordinamento, per le sanzioni amministrative non opera il vincolo costituzionale di personalità della pena (art. 27 comma 1, Cost.)⁸¹, circostanza confermata dal sistema sanzionatorio della Autorità Garante della concorrenza e del mercato che prevede tra i possibili destinatari della sanzione anche enti collettivi e persone giuridiche.⁸²

Tuttavia, nonostante l'inesistenza di un vincolo costituzionale in tal senso, secondo la giurisprudenza di legittimità la L. n.689/81 (in particolare agli artt.2 e 3) in tema di violazioni amministrative ha accolto il principio di personalità della pena, per cui non è ammessa una diretta responsabilità della persona giuridica per la violazione ma viene fatta salva la responsabilità solidale per il pagamento della relativa sanzione; di conseguenza autore della violazione

⁸⁰ Corte Cost. Ordd. 19 novembre 1987, nn. 420 e 421 in Giur. cost. 1987 fasc. 12

⁸¹ SANDULLI A.M., *Manuale di diritto Amministrativo*, op. cit., p.175 ; PALIERO, *Problemi e prospettive della responsabilità penale dell'ente nell'ordinamento italiano*, in riv.trim.dir.pen.econ., 1996, p.1173

⁸² La dottrina ammette la riferibilità di una sanzione amministrativa alle persone giuridiche, in tal senso, SANDULLI M.A., *Le Sanzioni amministrative pecuniarie*, op. cit., p.97, che richiama l'insegnamento di ZANOBINI G., *Le Sanzioni amministrative*, op. cit., p.141. Sulla non riferibilità del principio *societas delinquere non potest* alle sanzioni Antitrust si veda LICCIARDELLO, *Le sanzioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in Riv. Trim. dir. pubbl., 1998, p.359.

e responsabile a norma dell'art. 3 può essere soltanto la persona fisica cui è riferibile l'azione materiale o l'omissione che integra la violazione.⁸³

In ossequio all'impostazione della L. n. 689/81 (i cui principi in tema di applicazione delle sanzioni nei confronti delle persone fisiche erano stati richiamati dalla legge delega⁸⁴), per le sanzioni della Consob il TUF, confermando la scelta già operata con il TUB e con il d.lgs. n. 415/96 nel senso di ribaltare l'impostazione della L. n. 1/91 (che irrogava sanzioni direttamente a carico delle SIM), prevede la responsabilità diretta e personale delle persone fisiche; stabilisce (art. 195 comma 9), inoltre, a carico delle persone giuridiche l'obbligo di esercitare il regresso nei confronti dei soggetti responsabili, con l'effetto di limitare solo in capo a questi ultimi il carico del pagamento della sanzione.

Questo sistema viene da più parti ritenuto insoddisfacente, tanto che di recente è stata autorevolmente auspicata una riforma delle disposizioni del TUF che sanciscono la responsabilità amministrativa a carico delle persone fisiche, per reintrodurre un sistema sanzionatorio che la ponga in capo alle società e agli enti operanti nel settore dell'intermediazione mobiliare.⁸⁵ Tale soluzione legislativa, oltre ad agevolare l'attività istruttoria di accertamento della reale responsabilità ed evitare il rischio di riconoscimento di forme di responsabilità da posizione o oggettiva, sarebbe in linea con i recenti indirizzi normativi che hanno introdotto il riconoscimento della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti non personificati.⁸⁶

Per quanto riguarda le modalità di individuazione degli autori delle violazioni il TUF utilizza due tecniche differenti: in alcune disposizioni (artt. 188, 191, 192, 194) riprende la tipica formula penalistica "chiunque viola" o "effettua ... in violazione", in altre (artt. 190, 193) innovativamente adotta il criterio oggettivo-funzionale, fondato, appunto, sul dato oggettivo delle

⁸³ Secondo l'interpretazione data dalla Cassazione: Cass civ sez I, 5 luglio 1997, n.6055 in Giust. civ. Mass. 1997, 1140 ; Cass civ sez I 21 luglio 1993, n.8143 in Foro it. 1994 I, 773 con nota di Mezzabarba-Travi; Cass.Civ., sez lav., 10 dicembre 1998 n.12459 in Giust. civ. Mass., 1998, 2564; 3 ottobre 1998 n.9830 in Giust. civ. Mass., 1998, 2009; 23 ottobre 1997 n.10448 in Giust. civ. Mass., 1997, 2001; 21 agosto 1996 n.7692 in Giust. civ. Mass., 1996, 1200

⁸⁴ Art. 21 comma 1 lettera r), della legge delega n. 52/1996

⁸⁵ "Indagine conoscitiva sull'attuazione del TUF". Audizione del Presidente della CONSOB Luigi Spaventa presso la VI Commissione Finanze della Camera del 20/03/2002.

⁸⁶ Legge delega n. 300/2000 e d. lgs. n. 231/2001

funzioni effettivamente svolte dall'agente. Viene, quindi, abbandonato il criterio soggettivo nell'intento di estendere il più possibile la responsabilità a tutti coloro che, al di là delle qualifiche aziendali rivestite, siano effettivamente in grado di violare le disposizioni del decreto, avendo responsabilità in settori operativi rilevanti per l'attività di vigilanza.⁸⁷ Ai sensi degli artt. 190 e 193, sono dunque passibili della sanzione amministrativa pecuniaria coloro che svolgono "funzioni di amministrazione o di direzione", nonché i "dipendenti".⁸⁸ Il nuovo criterio è in linea con le tendenze in atto anche nel campo penale, nel quale la legge 26 aprile 1990 n. 86, nel modificare il regime dei reati contro la pubblica amministrazione commessi dai pubblici ufficiali e dagli incaricati di pubblico servizio, ha definito queste due figure in base a un criterio funzionale (art. 357 codice penale)⁸⁹.

Il riferimento di legge a coloro che effettivamente svolgono determinate funzioni comporterebbe, secondo alcuni⁹⁰, la responsabilità anche dell'amministratore, direttore o dipendente "di fatto", ossia di coloro che, privi della veste formale per mancanza di nomina o per successiva decadenza, svolgano in via di fatto nell'impresa sociale quelle specifiche funzioni alle quali la norma in commento ricollega l'applicazione delle sanzioni pecuniarie.

Si deve rimarcare la situazione di incertezza che si può creare nell'individuazione dei destinatari, la quale è data sia dalla latitudine dei possibili soggetti, sia dal fatto che la norma non chiarisce il nesso di

⁸⁷ CECI-IAPICHINO, *Sanzioni amministrative*, op. cit., in AA.VV. *La nuova legge bancaria*, op. cit., p. 2108 ; CONDEMI, *Commento sub artt. 144 e 145*, op. cit., in AA.VV. *Commentario al t.u.*, op. cit., p. 712

⁸⁸ Ai sensi del comma 1: nell'ambito di imprese di investimento, banche, SGR, SICAV, od altri soggetti abilitati

Ai sensi del comma 2: i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione o di direzione e i dipendenti delle società che esercitano l'attività di gestione dei mercati regolamentati (lett. a), ovvero quella di gestione accentrata di strumenti finanziari (lett. b);

gli "organizzatori, emittenti e operatori" che si siano resi responsabili di infrazioni alla normativa di vigilanza sui mercati non regolamentati, nonché gli organizzatori e gli operatori dei mercati nei quali sono scambiati fondi interbancari (lett. c);

i soggetti che gestiscono i sistemi di compensazione, liquidazione e garanzia concernenti le operazioni su strumenti finanziari effettuate nei mercati regolamentati (lett. d) prima parte);

i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione o di direzione dell'organismo societario affidatario dei peculiari servizi di compensazione e liquidazione di cui all'art. 69 comma 1 (lett. d) seconda parte).

⁸⁹ CLARICH M., *Le sanzioni amministrative*, op. cit., p.175

⁹⁰ LUCCARELLI, *Commento all'art. 190*, in RABITTI BEDOGNI, *Il Testo Unico dell'intermediazione finanziaria*, Milano, 1998, p.1041

collegamento tra la funzione svolta e l'atto illecito oggetto di sanzione; basti il caso di una condotta che non abbia un autore determinato, trattandosi di una generale inosservanza di qualche disposizione richiamata dall'art. 190, ovvero di un comportamento semplicemente omissivo. Resta incerto, in questo caso, quale organo dovrebbe essere punito.

1.7 I criteri di commisurazione della sanzione

I criteri per l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie, fissati dall'art.11⁹¹ L. n.689/81, costituiscono un forte argomento a supporto del fatto che, come affermato anche dalla Cassazione, l'impostazione adottata nella suddetta legge è nel senso della diretta responsabilità delle sole persone fisiche. Infatti, l'art.11 prevede che, nella determinazione della sanzione, si abbia riguardo ad una serie di elementi che possono riferirsi solo alle persone fisiche e non già a quelle giuridiche.

Riguardo al primo di essi (gravità della violazione), l'interprete deve tener conto non solo dell'aspetto oggettivo, ma anche di quello soggettivo connotanti la violazione. La gravità oggettiva si desume dal danno o pericolo cagionato all'interesse tutelato: la determinazione del danno si basa sulla valutazione riferita al pregiudizio arrecato al bene protetto; la determinazione del pericolo, seguendo l'impostazione penalistica, considera che quello concreto è più grave di quello astratto e che la graduazione dell'entità dei pericoli concreti avviene tramite il parametro della misura della probabile lesione che avrebbero prodotto. Si considerano, poi, le modalità della condotta, tanto più gravi, quanto più connotate di pericolosità e antidoverosità.

Sotto il profilo della gravità soggettiva, invece, viene in rilievo il carattere doloso o colposo della trasgressione, nel senso che un illecito commesso con dolo risulta ovviamente più grave del medesimo illecito commesso colposamente; non sembra, invece, esserci spazio per indagini

⁹¹ “si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche”

ulteriori circa l'intensità del dolo o il grado della colpa, dato il carattere fortemente "semplificato" dell'illecito amministrativo⁹².

Il secondo criterio per la determinazione della sanzione vuole che si consideri, come valore attenuante, il ravvedimento *post factum* da parte del trasgressore, il quale svolga la sua opera per eliminare o attenuare le conseguenze della violazione. Questo anche a prescindere dai risultati raggiunti, in quanto la norma parla di "opera svolta" e non dei risultati ottenuti tramite la stessa. Perciò, ai fini dell'applicazione di una sanzione meno rigorosa, non è necessario che l'agente abbia eliminato o attenuato le conseguenze della violazione, ma è sufficiente che abbia tentato di farlo, ove la mancata riuscita del tentativo non sia dovuta a fattori a lui imputabili.

Il terzo criterio da seguire ai fini della commisurazione della sanzione è quello della valutazione della personalità dell'agente, dovendosi tener conto dei suoi precedenti in particolare riferibili alla stessa categoria di violazioni; ne deriva una posizione di maggior rigore nei confronti di eventuali recidive.

L'ultimo criterio per qualificare la gravità dell'illecito amministrativo considera le condizioni economiche dell'agente: esso è orientato verso la prevenzione speciale, essendo volto ad impedire che condizioni economiche favorevoli rendano insensibile l'agente al carattere afflittivo e intimidatorio della sanzione, così come verso la prevenzione generale, nei limiti in cui i potenziali destinatari del precetto vengano diffidati dal fidare su eventuali sproporzioni fra l'entità della sanzione e le proprie disponibilità finanziarie, che renderebbero la violazione conveniente.⁹³

Nella pratica, i criteri di commisurazione a cui fa riferimento il Ministero dell'Economia e delle Finanze nei suoi decreti irrogativi delle sanzioni amministrative pecuniarie proposte dalla Consob, sono quasi interamente riconducibili alla sfera del primo elemento considerato dall'art. 11 L. n. 689/81, quello della gravità della violazione. Nella maggior parte delle sanzioni fin qui comminate⁹⁴, ai fini della loro graduazione, si trovano, infatti, richiamati gli elementi della rilevanza della carica sociale ricoperta dai soggetti responsabili, delle effettive funzioni da essi svolte all'interno della società nel

⁹² PALIERO C.E. – TRAVI A., *La Sanzione amministrativa*, op. cit., p.104

⁹³ PALIERO C.E. – TRAVI A., *Sanzioni amministrative*, op. cit., p. 369

⁹⁴ Vedi, per tutti, Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze, 26 ottobre 2001, n. 606104

periodo considerato dalle verifiche ispettive, della durata, frequenza e diffusione delle irregolarità.

Si è in precedenza citata la possibilità di dare rilevanza nella commisurazione della sanzione alla recidiva. In riferimento a ciò, si deve rilevare che l'art. 94 del d.lgs. 30 dicembre 1999 n.507, ha introdotto nella L. n. 689/81 l'art. 8-bis, che disciplina il nuovo istituto della reiterazione delle violazioni. Il legislatore ha ritenuto opportuno dettare una disciplina unitaria e di applicazione generale, la cui caratteristica è rappresentata dal contenuto esclusivamente definitorio dell'istituto, essendo rimessa ad altre fonti la concreta determinazione degli effetti della reiterazione⁹⁵. La nozione è mutuata dal codice penale, ma se ne differenzia sotto vari profili: la reiterazione si ha solo tra illeciti amministrativi della stessa indole e purché siano compiuti in un arco temporale massimo di cinque anni. Inoltre, mentre la *ratio* della recidiva consiste nello scoraggiare la tendenza a delinquere di chi abbia già commesso un reato attraverso l'aggravamento della pena, la reiterazione mira a svolgere una funzione di deterrente specifico per chi manifesti una attitudine a violare la particolare sfera di interessi pubblici presidiata da sanzioni amministrative. E ancora, mentre la recidiva richiede la commissione di un reato dopo la condanna irrevocabile per un reato precedente, la reiterazione è integrata dalla commissione di una violazione amministrativa dopo un'altra violazione accertata con "*provvedimento esecutivo*", anche se si prevede che "*si ha reiterazione anche quando più violazioni della stessa indole commesse nel quinquennio sono accertate con unico provvedimento esecutivo*".

1.8 I criteri di imputazione dell'illecito. Il dolo e la colpa.

L'art.3 L. n. 689/81 stabilisce che "*ciascuno è responsabile della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa*". Per integrare l'elemento soggettivo non è sufficiente la semplice coscienza e volontarietà dell'azione, ma necessita quantomeno la colpa, per cui la dottrina⁹⁶ esclude la

⁹⁵ TRAINA, *La riforma del sistema sanzionatorio amministrativo*, in Dir. Proc.Amm. n.2/2001, p.388

⁹⁶ LAMPONE, *Le sanzioni amministrative*, op. cit., in AA.VV. *Il nuovo diritto*, op. cit., p.638

natura oggettiva della responsabilità, salvo quanto si vedrà in tema di presunzione di colpa e di inversione dell'onere probatorio.

La Corte Costituzionale ha ritenuto l'elemento della colpa, anche quando non previsto dalla norma, essenziale al concetto di illecito amministrativo ed in particolare, a proposito delle sanzioni in materia di attività creditizia, ha escluso che i dirigenti responsabili possano subire sanzioni indipendentemente da ogni elemento di colpa, richiesto dalla regola generale comune in materia di sanzioni amministrative e da rinvenirsi in ogni ipotesi in cui si configuri tale tipo di sanzioni.⁹⁷ Questa interpretazione, del resto, risponde anche alla Direttiva comunitaria, alla cui attuazione è rivolta la delega legislativa per l'emanazione del TUB, che individua come suscettibili di sanzioni i dirigenti "responsabili" che si siano resi "colpevoli" delle infrazioni (art. 17 della direttiva 89/646/Cee).

Il problema riguarda la prova dell'elemento soggettivo: ci si chiede se la prova della colpa o del dolo del trasgressore debba essere fornita dall'Amministrazione o se, viceversa, la presenza di uno di questi elementi, indispensabile per la configurazione della condotta illecita, debba presumersi.

Secondo un orientamento giurisprudenziale⁹⁸, la prova della colposità o dolosità della condotta graverebbe sempre sull'amministrazione che accerta l'infrazione. Anche autorevole dottrina⁹⁹, partendo dal presupposto che per fondare la responsabilità dell'illecito amministrativo è necessaria quanto meno la colpa e che questa va accertata caso per caso dall'organo erogante, aveva auspicato che la giurisprudenza civile "evitasse corrive riproposizioni del *topos* tralatizio della presunzione di colpa, prendendo atto dell'univocità del quadro normativo". Secondo tali autori, nonostante l'art. 3 riproduca la formula contenuta nell'art. 42 comma 4 c.p., non sarebbe neppure proponibile, nella sfera delle sanzioni amministrative, la tesi della colpa presunta, più volte affacciata nella giurisprudenza penale a proposito dell'elemento soggettivo

CECI-IAPICHINO, *Sanzioni amministrative*, op. cit., in AA.VV. *La nuova legge bancaria*, op. cit., p. 2111

MOLE'-FANTOLA, *Decreto Eurosim*, op. cit., 1053

LUCCARELLI, *Commento all'art. 190*, op. cit., in RABITTI BEDOGNI, *Il Testo Unico*, op. cit., p. 1043

⁹⁷ Corte Cost., 4 marzo 1999, n. 49 in Giust. cost. 1999, 647 con nota di D'Elia

⁹⁸ Cass. civ. sez. I, 23 aprile 1992 n.4900 in Giust.civ., 1992, I, 2031

⁹⁹ PALIERO C.E. - TRAVI A., *Sanzioni amministrative*, op. cit., p.385

nelle contravvenzioni. La suddetta “univocità del quadro normativo” emergerebbe dalla L. n. 689/81, nella quale vi sarebbero una serie di dati testuali che chiuderebbero ogni spazio all'inversione totale o parziale dell'onere probatorio in senso sfavorevole al trasgressore. Secondo questa dottrina verrebbero in rilievo, sotto il profilo sostanziale, le previsioni espresse di presunzione di colpa a carico dell'agente contenute nell'art. 2 comma 2 e nell'art. 6 commi 1 e 2 di tale legge: se il legislatore si è preoccupato di esplicitare per specifici casi che il sanzionando è tenuto a provare l'assenza di colpa nella sua condotta, è segno che ha voluto confermare con queste eccezioni che la regola è rappresentata dalla presunzione di non colpevolezza. Sotto il profilo processuale, l'art. 23 starebbe a confermare che, di regola, il trasgressore non è tenuto ad addurre prove a sostegno della propria innocenza, ma è l'organo procedente a doverne provare la colpevolezza. Solo eccezionalmente (art. 2 comma 2 e art. 6 commi 1 e 2), dunque, per peculiari ipotesi critiche nelle quali sarebbe troppo agevole per il sanzionando sfuggire all'accertamento, il legislatore avrebbe facilitato il compito dell'organo irrogante spostando *ex lege* l'onere probatorio¹⁰⁰.

L'orientamento appena descritto è stato sconfessato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che, pronunciatesi in merito all'onere probatorio, hanno sancito che spetta a colui che ha trasgredito la norma dimostrare di aver agito senza colpa o dolo. Infatti, secondo le Sezioni Unite, il principio fissato dall'art. 3, “pone una presunzione di colpa in ordine al fatto vietato a carico di colui che lo abbia commesso, riservando a quest'ultimo l'onere di provare di aver agito senza colpa”¹⁰¹.

Per integrare la violazione è, dunque, necessario che personalmente, con una condotta positiva od omissiva accompagnata da coscienza e volontà, colpevolmente o dolosamente, il soggetto abbia trasgredito una norma che commina una sanzione amministrativa. L'interpretazione giurisprudenziale invalsa ritiene sufficiente, per l'irrogazione della sanzione, che sia integrata la fattispecie tipica dell'illecito, facendo gravare sul trasgressore l'onere di eventualmente provare di aver agito in assenza di colpevolezza.

In seguito alla richiamata sentenza delle Sezioni Unite, tale orientamento è stato fatto proprio da successive pronunce, sia in materia di

¹⁰⁰ PALIERO C.E. – TRAVI A., *Sanzioni amministrative*, op. cit., p.385

¹⁰¹ Cass. Civ., SS.UU., 6 ottobre 1995 n.10508 in Foro it. 1995, I, 3458 con nota di Borrelli-Pardolesi

sanzioni amministrative in generale¹⁰², sia nello specifico ambito del TUF. In quest'ultimo settore, di recente, la prima sezione della Cassazione¹⁰³ ha affermato l'esistenza di una presunzione *ius tantum* di colpa di chi - rivestendo una delle qualità che la legge espressamente contempla come costitutive dell'obbligo di tenere un comportamento diverso - ponga in essere o manchi di impedire un fatto vietato, in modo da rendere legittima l'irrogazione della sanzione in assenza di prove idonee a superare la presunzione di colpa.

Il riferimento è evidentemente ai soggetti che il testo unico individua come potenziali responsabili delle violazioni, cioè quelli che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo. Ne consegue che, in capo a costoro, grava una presunzione relativa di colpevolezza, che essi hanno l'onere di superare apportando deduzioni e prove atte a dimostrare la propria estraneità ai fatti, o l'impossibilità di evitarli tramite un diligente espletamento dei compiti connessi alle cariche ricoperte.

La giurisprudenza di merito¹⁰⁴ ha pienamente accolto l'orientamento delle Sezioni Unite, gravando la posizione processuale dei soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo, col subordinare il superamento della presunzione di colpa alla "dimostrazione di avere agito od ommesso di agire senza colpa, alla stregua dell'ordinaria diligenza da loro esigibile per il ruolo ricoperto"¹⁰⁵. Secondo quest'ultima decisione, l'assenza di colpa deve essere accertata in concreto: è considerata ininfluyente la mancanza, nel provvedimento sanzionatorio, di specifiche indicazioni sulla colposità dell'azione od omissione, essendo sufficiente l'allegazione di una qualità degli incolpati in sé giustificativa della presunzione di colpa.

Pertanto - ove al riguardo restino carenti deduzioni e prove a discarico - la sola circostanza di ricoprire una delle menzionate cariche sarebbe sufficiente a fondare il convincimento sulla sussistenza del requisito soggettivo.

E' allora evidente che attraverso questo meccanismo si giunge sostanzialmente alla configurazione di una vera e propria responsabilità oggettiva, nonostante le profonde critiche a cui quest'ultima è sempre stata soggetta.

¹⁰² Cass. Civ., 8 Marzo 2000 n. 2642

¹⁰³ Cass., sez. I, 25 maggio 2001 n. 7143

¹⁰⁴ Corte d'Appello Milano, sez. I Civ., decreto 24 luglio 2001

¹⁰⁵ Corte d'Appello di Milano, sez. I Civ., decreti 2 maggio 2001 / 11 giugno 2001

2. LA PROCEDURA SANZIONATORIA

L'art. 195¹⁰⁶ del TUF disciplina il procedimento per l'irrogazione di tutte le sanzioni amministrative pecuniarie della Consob, ad esclusione di quelle applicabili ai promotori finanziari che vengono inflitte ad esito della diversa procedura di cui al successivo art.196. Lo schema procedurale dell'art.195 non costituisce una novità nell'ordinamento bancario-finanziario, ma rappresenta l'ultima elaborazione di una procedura introdotta in tale ordinamento dalla l.b. del 1936, ripresa dall'art.145 del TUB e ancora dall'art. 44 del decreto Eurosim.

La norma in esame, rubricata "procedura sanzionatoria", tratta in un unico contesto due aspetti in realtà autonomi e distinti: quello amministrativo di inflizione della sanzione e quello, eventuale, del controllo giurisdizionale su di essa. In ossequio all'impostazione unitaria del TUF, questa complessa procedura è stata definita "procedimento-processo", con una fase amministrativa ed una successiva fase di sindacato giurisdizionale.¹⁰⁷

La c.d. fase amministrativa si articola in due sottofasi¹⁰⁸ di competenza rispettivamente dell'Autorità tecnica di settore (Consob) e del Ministero dell'Economia e delle Finanze. La prima, unanimemente¹⁰⁹ definita "fase

¹⁰⁶ 1. Salvo quanto previsto dall'articolo 196, le sanzioni amministrative previste nel presente titolo sono applicate dal Ministero dell'Economia, del bilancio e della programmazione economica con decreto motivato, su proposta della Banca d'Italia o della CONSOB, secondo le rispettive competenze. 2. La Banca d'Italia o la CONSOB formulano la proposta, previa contestazione degli addebiti agli interessati e valutate le deduzioni dagli stessi presentate entro trenta giorni, in base al complesso delle informazioni raccolte. 3. Il decreto di applicazione delle sanzioni è pubblicato per estratto sul bollettino della Banca d'Italia o della CONSOB. Il Ministero dell'Economia, del bilancio e della programmazione economica, su richiesta dell'autorità proponente, tenuto conto della natura della violazione e degli interessi coinvolti, può stabilire modalità ulteriori per dare pubblicità al provvedimento, ponendo le relative spese a carico dell'autore della violazione.

¹⁰⁷ SASSANI-CARDI *Le sanzioni amministrative*, in " *Intermediazione finanziaria, mercati e società quotate*" Patroni-Griffi, Sandulli, Santoro (a cura di), Torino, 1999, p.1264

¹⁰⁸ Il Consiglio di Stato (Cons St., sez.III, parere 13 aprile 1999, n. 485) ha escluso l'unicità del procedimento sanzionatorio, sottolineando "la presenza di due autonome fasi, la prima di carattere ispettivo affidata all'organo proponente, la seconda decisoria affidata al Ministero".

¹⁰⁹ Per tutti vedi LAMPONE, *Le sanzioni amministrative*, in AA.VV. *Il nuovo diritto societario e dell'intermediazione finanziaria*, a cura di Di Noia – Razzante, Padova, Cedam, 1999, p.626; Il Consiglio di Stato (Cons St., sez.III, parere 13 aprile 1999, n. 485) la definisce "ispettiva"

istruttoria”, inizia con la contestazione degli addebiti agli interessati; costoro, nel termine di 30 giorni dalla ricezione della contestazione degli addebiti, possono formulare le loro deduzioni, momento di partecipazione al procedimento nonché di esercizio del diritto di difesa. Nell'ambito della medesima fase, l'Autorità, tenuto conto delle risposte degli “interessati”, valuta ed elabora le risultanze probatorie raccolte, e le inoltra al Ministero dell'Economia e delle Finanze unitamente alla formulazione della proposta di sanzione. Nella seconda parte della fase amministrativa, di competenza del Ministero dell'Economia e delle Finanze, e di carattere “decisorio”¹¹⁰, l'ufficio competente, valutata la proposta della Consob, ove ritenga di poterla condividere così come formulata, provvede ad emanare il decreto motivato irrogativo della sanzione, che viene poi pubblicato per estratto sul Bollettino dell'Autorità proponente.

2.1 La discrezionalità nell'irrogazione della sanzione.

E' opportuno verificare se l'iniziativa dell'Autorità di vigilanza concretantesi nell'attività di accertamento svolta dalla Consob, che costituisce il presupposto per la formulazione di una proposta di sanzione, sia da ritenersi obbligatoria come automatica conseguenza della ricezione di una *notitia criminis*, ovvero discrezionale.

Per esaminare il problema nell'ambito specifico del TUF, è d'aiuto la verifica della disciplina generale fissata dalla L. n. 689/81 in relazione al principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione punitiva (art.112 comma 1, Cost.).

Ci si chiede se, nell'esercizio della attività di rispettiva competenza di proposta e di inflizione della sanzione amministrativa, la Consob e il Ministero dell'Economia - al pari del pubblico Ministero tenuto in base all'art. 112 Cost. al promuovimento dell'azione penale - siano vincolati al principio di obbligatorietà, ovvero se abbiano margini di discrezionalità amministrativa¹¹¹

¹¹⁰ Cons St., sez.III, parere 13 aprile 1999, n. 485

¹¹¹ Sul carattere non discrezionale delle sanzioni amministrative si veda: CAPACCIOLI *Il procedimento di applicazione delle sanzioni amministrative*, in AA.VV. *Le Sanzioni amministrative* (Atti del XXVI Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione. Varenna, 18-20 Settembre 1980), Milano, 1982, p. 118: “Quando la legge stabilisce le condizioni perchè la sanzione sia applicabile, fissa il tipo di sanzione, ne determina la misura, sia pure fra un minimo

che consentano di decidere sull'*an* dell'applicazione della sanzione, rinunciandovi, per esempio, in considerazione di interessi pubblici.

La norma costituzionale, che impone in ambito penale l'obbligatorietà per il Pubblico Ministero dell'azione, è dettata dall'esigenza di impedire ogni possibile valutazione sull'opportunità della punizione di un comportamento che si considera lesivo degli interessi della società civile. Una simile esigenza però non appare indefettibile per le sanzioni amministrative¹¹², stante, in queste, la singolarissima coincidenza, in capo alla pubblica amministrazione, delle qualità di soggetto passivo dell'illecito e di Autorità competente ad infliggere la pena. Tale circostanza discende dall'impostazione sostanzialistica accolta con riferimento alla nozione di sanzione amministrativa che pone in risalto il carattere ripristinatorio e di tutela indiretta di interessi imputati alla stessa amministrazione titolare della potestà sanzionatoria.¹¹³

Indipendentemente dal dato testuale del precetto costituzionale riferito alla sola azione "penale", è la diversa natura delle sanzioni amministrative che impedisce di affermare la vigenza di un corrispondente principio di diritto amministrativo ricavabile dal medesimo fondamento che ispira la regola prevista per l'azione penale.

Esclusa la possibilità di basarsi sull'art. 112 Cost., resta da valutare se l'obbligatorietà dell'azione sanzionatoria non trovi piuttosto fondamento in altre disposizioni costituzionali, quali gli art.3 e 97 Cost.. L'art.3, interpretato alla luce del criterio di ragionevolezza, esige che esenzioni da pena possano essere solo di natura generale, per categoria di soggetti o di fattispecie, prefissate dalla legge. L'art.97, a sua volta, non si limita ad imporre semplicemente l'imparzialità dell'amministrazione, ma offre una garanzia più pregnante, di trattamenti eguali a parità di condizioni. Anche la Corte Costituzionale ha riconosciuto il fondamento dell'obbligatorietà del procedimento sanzionatorio amministrativo negli art. 97 e 23, affermando che "non può disconoscersi che anche rispetto alle sanzioni amministrative ricorre l'esigenza della prefissione *ex lege* di rigorosi criteri di esercizio del potere

ed un massimo, non c'è spazio per la discrezionalità amministrativa. Semmai c'è spazio per valutazioni tecnico-empiriche, che nulla hanno a che vedere con la discrezionalità amministrativa".

¹¹² ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924, p.173

¹¹³ TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983

relativo all'applicazione di esse, e ciò in riferimento sia al principio di imparzialità (art. 97), sia al principio di cui all'art. 23".¹¹⁴

Esiste, perciò, un principio generale nel senso della "doverosità" dell'esercizio dei poteri pubblici che trova ancora maggiore fondamento in riferimento agli atti diretti alla garanzia dell'osservanza delle norme giuridiche. In quest'ottica, la regola di doverosità dell'azione sanzionatoria può, in un certo senso, ricollegarsi¹¹⁵ al principio costituzionale di buon andamento dell'amministrazione affermato dall'art. 97 comma 1.

Nella L. n. 689/81 di discrezionalità non si trova traccia e anzi "vi sono alcune disposizioni (art.13, 14, 18, 19) chiaramente indicative di una logica opposta, di doverosità dell'esercizio della funzione sanzionatoria"¹¹⁶. Infatti, la potestà punitiva dell'amministrazione, quale estrinsecazione di sovranità, viene esercitata non per un interesse proprio, ma per il soddisfacimento di pubblici interessi.¹¹⁷

Particolare rilievo presenta l'art. 18 comma 2, L. n. 689/81 che prevede che, qualora dopo avere esaminato le risultanze della fase istruttoria l'Autorità non ritenga fondato l'accertamento, essa debba emettere ordinanza motivata di archiviazione degli atti fino a quel momento raccolti, dandone integrale comunicazione all'organo che abbia redatto il rapporto. Atteso che l'archiviazione costituisce nel procedimento amministrativo l'unico possibile sbocco della decisione di non applicazione della pena pecuniaria, ne discende che, in ogni caso, l'Autorità adita dovrà emettere ordinanza motivata sulle ragioni di fatto e di diritto, soggettive ed oggettive, che abbiano determinato il proprio giudizio. Trattasi di una positiva enunciazione del principio di doverosità dell'azione sanzionatoria amministrativa. Non soltanto la sanzione, ove ne ricorrano i presupposti, costituisce atto dovuto, ma, in tutti i casi in cui venga investita del giudizio su una *notitia* di illecito, l'Autorità amministrativa deve giungere alla conclusione del procedimento diretto ad accertare la sussistenza dei presupposti soggettivi ed oggettivi di punibilità della violazione.

¹¹⁴ Corte Cost. 14 aprile 1988, n.447 in Giur. cost. 1988, I, 2057

¹¹⁵ SANDULLI M.A., *Sanzioni amministrative*, in Enc giur. Treccani X, p.15

¹¹⁶ PALIERO C.E. – TRAVI A., *La Sanzione amministrativa*, Milano, 1988, p.250

¹¹⁷ Nello stesso senso BANI E., *Il potere sanzionatorio delle Autorità Indipendenti: spunti per un'analisi unitaria*, Torino, Giappichelli, 2000, che aggiunge che dall'assenza di discrezionalità nell'esercizio del potere sanzionatorio "non discende che tale potere abbia natura vincolata, ma solo che non è consentito ometterlo".

Si ritiene che, pur non esistendo in diritto amministrativo un precetto analogo a quello dettato dall'art. 112 Cost. per l'azione penale, viga comunque il principio della doverosità dell'azione sanzionatoria amministrativa¹¹⁸ che si desume dal principio di imparzialità dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost.¹¹⁹, in quanto sarebbe certamente in contrasto con tale principio l'azione amministrativa che per ragioni di opportunità non si attivasse allo stesso modo per punire gli illeciti.¹²⁰

2.2 La contestazione degli addebiti e la garanzia del contraddittorio. La partecipazione degli interessati

Si deve preliminarmente evidenziare come, nonostante la previsione di una serie di meccanismi procedurali volti alla instaurazione del contraddittorio e alla tutela del diritto di difesa dei soggetti sanzionati, il procedimento di irrogazione delle sanzioni amministrative della Consob sia ancora percepito dagli operatori come un "locus clausus", a causa delle notevoli difficoltà che essi incontrano nell'accesso ai documenti in possesso dell'Autorità.

L'attitudine della Commissione a mantenere il più possibile all'oscuro i soggetti vigilati trova il suo fondamento in una normativa poco chiara e dalla quale emerge un sistema di garanzie ancora molto ridotto rispetto alla sofisticazione raggiunta nei moderni sistemi processuali; si avverte ancora pressante l'influenza della concezione tradizionale dell'attività amministrativa pura. Un esempio per tutti è rappresentato dall'art. 4 comma 10 del TUF che impone il segreto d'ufficio su "tutte le notizie, le informazioni e i dati in possesso della Consob in ragione della sua attività di vigilanza".

Sottolineate le carenze del sistema, appare utile esaminarne le previsioni per verificare in che misura esse garantiscano un effettivo contraddittorio.

¹¹⁸ SASSANI-CARDI *Le sanzioni amministrative*, op. cit., p. 1266

¹¹⁹ PALIERO C.E. – TRAVI A., *La Sanzione amministrativa*, op. cit., p.250; MOLE'-FANTOLA, *Decreto Eurosini: le sanzioni amministrative*, in *Le Società*, 1996, p.1055

¹²⁰ In alcuni ordinamenti stranieri è espressamente previsto dalla legge che l'Autorità competente possa rinunciare all'applicazione della sanzione per ragioni di opportunità; si pensi al § 47 dell'*Ordnungswidrigkeitengesetz* tedesco: "Il perseguimento degli illeciti amministrativi è rimesso alla discrezionalità vincolata dell'Autorità amministrativa. Fintanto che il procedimento pende avanti ad essa, può essere archiviato".

Acquisita notizia di un fatto sanzionabile, la Consob procede alla contestazione degli addebiti agli interessati e valuta le deduzioni che questi hanno facoltà di presentare entro 30 giorni dal ricevimento della contestazione. Tali adempimenti, volti a consentire all'interessato la possibilità di difendersi, corrispondono ad un modello consolidato nei procedimenti amministrativi sanzionatori ed in particolare negli artt.14 e 18 della legge generale n. 689/1981. Essa ha accolto, anche nell'ambito del procedimento sanzionatorio amministrativo, il principio del contraddittorio. L'art. 14, infatti, prescrive - a pena di estinzione dell'obbligazione sanzionatoria - l'obbligo di immediata contestazione (ovvero, in mancanza, di notificazione) della violazione nei confronti tanto del trasgressore quanto della persona solidalmente obbligata; dalla ricezione della contestazione decorre il termine di 30 giorni entro il quale l'art. 18 riconosce agli interessati la facoltà di presentare scritti e documenti difensivi, nonché di chiedere di essere personalmente ammessi ad esporre le proprie ragioni dinanzi all'Autorità competente a decidere sull'applicazione della pena.

La procedura prevista dal TUF ai sensi dell'art.195 per la contestazione degli addebiti è strutturalmente simile a quella della L. n. 689/81.

Essa, con finalità di garanzia consistente nel rendere conoscibile un'accusa precisa e circoscritta nei suoi estremi giuridici e di fatto, deve essere idonea a consentire all'interessato di potersi difendere.¹²¹ Deve, perciò, contenere gli elementi essenziali del fatto e delle circostanze di tempo e di luogo, oltreché della norma violata e della sanzione irrogabile.¹²² Tuttavia, la Cassazione¹²³ ha considerato valide le contestazioni che, seppur non indicanti direttamente le norme violate, ne consentano l'individuazione, con l'ordinaria diligenza, tramite quelle che prevedono le sanzioni.

¹²¹ CONDEMI, *Commento all'art.195*, in RABITTI BEDOGNI, *Il Testo Unico dell'intermediazione finanziaria*, Milano, 1998, p.1070

¹²² LAMPONE, *Le sanzioni amministrative*, op. cit., in AA.VV. *Il nuovo diritto societario*, op. cit., p. 626

¹²³ Cass., Sez. I, 27 marzo 1996, n.2767, in Giust. Civ., Mass., 1996, 447, secondo cui "L'atto di contestazione immediata e quello di notificazione dell'infrazione, in assenza di specifica previsione delle leggi che disciplinano le singole materie, devono contenere indicazioni sufficienti ad assicurare, già nella fase del procedimento amministrativo anteriore all'emissione dell'ordinanza-ingiunzione, la tempestiva difesa dell'interessato. Il che non implica che l'atto non possa richiamare elementi di cui con la normale diligenza sia possibile la cognizione completa e certa."

Può risultare interessante richiamare quanto detto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea in riferimento alla “comunicazione degli addebiti” prevista nell’ordinamento comunitario in materia di concorrenza dall’art.4 del Regolamento Ce 99/63. La contestazione, anche in questo caso deve essere redatta in termini che, per quanto sommari, siano idonei a consentire agli interessati di prendere atto dei comportamenti cui si fa loro carico¹²⁴. Si ritiene¹²⁵ che la comunicazione abbia per effetto di “cristallizzare” la posizione della Commissione, con la conseguenza che sarebbe illegittimo qualsiasi provvedimento che si fondasse su altri dati di fatto che non fossero quelli comunicati.¹²⁶

Fra la L. n. 689/81 e la disciplina specifica del TUF vi sono tuttavia delle divergenze.

La prima consiste nel fatto che l’art.195 non prevede la possibilità per gli interessati, data invece dalla L. n. 689/81 (nonché dallo stesso TUF ai promotori finanziari con l’art.196), di essere sentiti dall’Autorità competente.¹²⁷

La seconda è che, mentre la legge generale prevede che l’esercizio del diritto di difesa si sviluppi con l’invio di “scritti difensivi e documenti” all’Autorità deputata all’irrogazione della sanzione, nonché con la richiesta degli interessati di essere sentiti dalla medesima (art. 18 comma 1), nella procedura sanzionatoria speciale descritta dall’art. 195 TUF la potestà di controdedurre degli interessati è stata anticipata alla fase che si svolge presso l’organo (la Consob) che procede alla contestazione degli addebiti e che esaurisce la sua attività con la formulazione della proposta al Ministero (autorità irrogante).

V’è da chiedersi se per effetto di questa anticipazione sia preclusa agli interessati la facoltà di esercitare il diritto di difesa anche nella fase decisoria davanti al Ministero.

Una dottrina¹²⁸, che adotta un’interpretazione restrittiva della norma e ritiene la fase istruttoria il momento centrale del procedimento, afferma che la

¹²⁴ C. Giust. CE, 31 marzo 1993, causa 114/85, in Racc., 1993, I, 1307, punto 1

¹²⁵ FRIGNANI-WAELBROEK, *Disciplina della concorrenza nella CEE*, IV Ed., Torino, 1996, p.402

¹²⁶ C. Giust. CE, 31 marzo 1993, caso Pasta per carta II, n.138, in Racc., 1993, I, 1575

¹²⁷ La facoltà di essere sentiti personalmente è prevista dall’art.196 TUF solo per i promotori finanziari.

partecipazione dell'interessato possa avvenire soltanto nella fase che si svolge dinanzi all'Autorità proponente, e non anche in quella successiva decisoria davanti al Ministero.

La questione va esaminata alla luce delle regole generali del procedimento amministrativo fissate dalla legge 7 agosto 1990 n. 241 ed in particolare della possibilità per gli interessati di partecipare sia alla fase istruttoria che a quella decisionale.

Al riguardo si contrappongono due opinioni: vi è chi sottolinea¹²⁹ la diversa natura della partecipazione del destinatario del provvedimento nella fattispecie generale di cui agli artt. 7 e seguenti L. n. 241/90 rispetto a quella che opera nella procedura speciale prevista dall'art. 195 e pertanto afferma l'inapplicabilità a quest'ultima delle norme partecipative della L. n. 241/90. Vi è d'altro canto chi ritiene¹³⁰ che, con riferimento all'art. 195, la ratio del rispetto del principio del contraddittorio sia quella di consentire la partecipazione dell'interessato al procedimento, con la conseguente applicazione alla procedura sanzionatoria del TUF delle regole della L. n. 241/90.

I fautori della prima tesi sostengono che, nel caso dell'art. 195, la procedura è di tipo accusatorio, per cui l'intervento dell'interessato è previsto esclusivamente a garanzia del suo diritto alla difesa; per la delicatezza della materia e per la rilevanza degli effetti delle sanzioni, è indispensabile che, prima dell'irrogazione della punizione, l'interessato possa far conoscere le sue ragioni al fine di evitare l'applicazione della sanzione; essendo nella fattispecie in esame le parti in contrapposizione, di conseguenza non è ammesso alcun accordo sostitutivo.

La tesi alternativa evidenzia come l'intervento del soggetto abbia la finalità di fornire alla pubblica amministrazione il proprio contributo all'adozione del provvedimento, il quale viene, in tal modo, adottato sulla base di una completa conoscenza delle posizioni delle parti interessate, prevenendo una successiva contestazione dovuta alla mancata conoscenza dei presupposti di fatto e di diritto; la collaborazione tra pubblica amministrazione e privato

¹²⁸ MATTARELLA, *Le sanzioni amministrative nel nuovo ordinamento bancario*, in Riv. Trim. dir. Pubbl., 1996, p. 694

¹²⁹ SASSANI-CARDI *Le sanzioni amministrative*, op. cit., p. 1267

¹³⁰ CONDEMI, *Commento all'art. 195*, op. cit., in RABITTI BEDOGNI, *Il Testo Unico* op. cit., p. 1068

potrebbe portare fino alla conclusione di accordi con gli interessati per la determinazione del contenuto discrezionale del provvedimento (art. 11) e la normativa di cui agli art. 7 e seguenti L. n. 241/90 tenderebbe, quindi, ad assicurare l'applicazione dei principi di economicità ed efficacia dell'azione amministrativa, a cui è ispirata l'intera legge.

I dubbi ed i contrasti emersi in dottrina sull'argomento sono stati avvertiti anche dal Ministero dell'Economia, che ha ritenuto necessario richiedere il parere del Consiglio di Stato sull'applicabilità dei principi fissati dalla L. n. 241/90 al procedimento concernente la contestazione di irregolarità e la applicazione di sanzioni amministrative ai sensi del TUB (ma per analogia le osservazioni valgono anche per il TUF).

Il quesito era volto a stabilire se il disposto di cui all'art. 10¹³¹ della L. n. 241/90, concernente il diritto dei destinatari delle contestazioni a conoscere gli atti del procedimento e a presentare memorie scritte e documenti all'amministrazione, dovesse essere applicato anche alla fase del procedimento dinanzi al Ministero; in altri termini se il diritto degli interessati alla partecipazione al procedimento potesse ritenersi già soddisfatto ove gli stessi avessero avuto modo di conoscere gli atti e di presentare memorie nella fase istruttoria e nei rapporti con l'organo tecnico proponente, ovvero fosse necessario che la partecipazione al procedimento avesse luogo anche nella successiva fase deliberativa dinanzi all'autorità sanzionatrice.

Il Consiglio di Stato¹³² ha, innanzitutto, escluso l'unicità del procedimento sanzionatorio, sottolineando la presenza di due autonome fasi, la prima di carattere ispettivo affidata all'organo proponente, la seconda decisoria; in quanto tale, quest'ultima, necessita dell'acquisizione delle controdeduzioni e delle memorie dei soggetti destinatari del provvedimento finale. Del resto la possibilità di controdedurre è volta non solo a garantire gli interessi del privato nel procedimento, ma anche ad assicurare all'amministrazione deliberante la correttezza dell'azione sotto il profilo della rispondenza al pubblico interesse.

Per questo è stato confermato che il destinatario del provvedimento debba avere la possibilità di esporre direttamente la propria difesa

¹³¹ "I soggetti di cui all'art.7 e quelli intervenuti ai sensi dell'art.9 hanno diritto: a) di prendere visione degli atti del procedimento, salvo quanto previsto dall'art.24; b) di presentare memorie scritte e documenti, che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento."

¹³² Cons St., sez. III, parere 13 aprile 1999, n. 485

all'amministrazione (e dunque a chi è titolare del potere deliberante) e non solo all'organo tecnico, avente mera funzione proponente. Non si tratta di ripetitività del contraddittorio, ma della estrinsecazione del diritto di difesa di fronte ad un nuovo soggetto.

E' stato inoltre precisato che l'obbligo di consentire la produzione di controdeduzioni e memorie ai sensi dell'articolo 10 della L. n. 241/90, non comporta che gli adempimenti imposti dagli articoli precedenti (avviso di avvio del procedimento) debbano essere reiterati prima della fase conclusiva, dato che i soggetti interessati dall'indagine sono già stati avvertiti dell'esistenza della procedura nella prima fase.

2.3 Il diritto d'accesso: recenti sviluppi

Un rafforzamento della garanzia del contraddittorio e della partecipazione al procedimento dovrebbe derivare dall'attribuzione ai soggetti interessati del diritto di accesso ai documenti amministrativi.

La necessità di recepire i principi generali in tema di accesso e di procedimento anche per le Autorità indipendenti è stata resa esplicita dallo stesso legislatore. L'art. 4 della L. n. 265/1999, riscrivendo la disciplina dell'art. 23 della L. n.241/90, ha infatti previsto che "il diritto di accesso nei confronti delle autorità di garanzia e di vigilanza si esercita nell'ambito dei rispettivi ordinamenti secondo quanto previsto all'art.24". La norma conferma l'assunto interpretativo della applicabilità dei principi generali della L. n.241/90 in tema di accesso (ma il discorso è estensibile anche al procedimento) alle Autorità indipendenti. Nel contempo questa disposizione, percependo la specialità dei caratteri e delle funzioni di detti organismi, rimette alla disciplina di settore la specificazione delle modalità e dei limiti di accesso¹³³, lasciando aperte le problematiche innescate dalla disciplina speciale, fissata dall'art. 4 comma 10 del TUF che dispone che "tutte le notizie, le informazioni e i dati in possesso della Consob in ragione della sua attività di vigilanza sono coperti dal segreto d'ufficio anche nei confronti della pubblica amministrazione"; tale norma integra una delle ipotesi cui fa rinvio il dettato dell'articolo 24, comma 1, della

¹³³ CARINGELLA, *Le autorità indipendenti*, in Corso di diritto amministrativo, Milano, 2001, p.667

legge n.241/1990, disposizione la quale a sua volta sottrae l'accesso a tutti i documenti la cui segretezza sia disposta dall'ordinamento ("Il diritto di accesso è escluso per i documenti coperti dal segreto di Stato..., nonché nei casi di segreto o di divieto di divulgazione altrimenti previsti dall'ordinamento"). La presenza di questa disposizione è infatti sufficiente a dare fondamento al diniego d'accesso agli atti spesso opposto dalla Consob, con l'effetto di mettere in crisi l'intero sistema di garanzie partecipative fin qui illustrato.

La situazione è mutata di poco in seguito ad una recente pronuncia della Corte Costituzionale¹³⁴ che ha stabilito l'inopponibilità del segreto d'ufficio, ma limitatamente ai casi di richieste d'accesso ai documenti amministrativi in possesso della Consob avanzate da promotori finanziari sottoposti a procedimento disciplinare; in tutte le altre ipotesi sembrerebbe rimanere confermata l'opponibilità del segreto d'ufficio.

A seguito della sentenza della Corte Costituzionale ed invocando i principi in essa espressi, sono stati avanzati tentativi di espandere il ventaglio dei casi in cui l'accesso alle notizie, informazioni e dati della Consob non può essere limitato. Il più emblematico è rappresentato dal caso di una società di revisione che, essendo stata convenuta in giudizio per il risarcimento dei danni a procedimento sanzionatorio concluso, aveva proposto richiesta di accesso a tutti gli atti e documenti contenuti nel fascicolo di tale procedimento, affermando la necessità di acquisirne conoscenza al fine di poterli utilizzare per l'esercizio del proprio diritto di difesa nel giudizio civile nel quale era stata convenuta.

Il TAR Lazio¹³⁵ ha confermato il diniego d'accesso opposto dalla Consob, sulla base del rilievo che la invocata interpretazione della Corte Costituzionale fa riferimento specifico ed esclusivo all'ipotesi in cui la Commissione avvii un procedimento disciplinare nei confronti dell'interessato, e questi richieda l'accesso agli atti che fondano il procedimento stesso ai fini dell'esercizio del proprio diritto di difesa in tale contesto, e nei confronti della stessa autorità. Del tutto diversa era, invece, la situazione nel caso in questione, in cui la ricorrente intendeva utilizzare i documenti richiesti in un

¹³⁴ Corte Cost. 3 novembre 2000 n.460, in *Diritto o Giustizia*, 2000, p.77
Confermata dalla sentenza 30/03/2001 n.93

¹³⁵ TAR Lazio, sez. I, 26 settembre 2001, n.7799

procedimento civile nei confronti di soggetti terzi, peraltro a procedimento di competenza della Consob già concluso.¹³⁶

Secondo il TAR, il diritto di difesa, riconosciuto dalla Corte Costituzionale come valore prevalente sul segreto d'ufficio, non è un diritto suscettibile di essere esercitato nei confronti di chiunque ed in qualunque contesto (come teorizzato dalla società ricorrente), ma è soltanto quello che può essere fatto valere nei riguardi della stessa Consob quando essa si ponga in veste di titolare di un potere disciplinare verso il richiedente. Infatti, i diritti del privato a difendersi nei confronti della Commissione e ad ottenere un trattamento conforme ai principi di imparzialità e trasparenza, diritti che fondano la citata sentenza della Corte, sono impossibilitati a venire in gioco in assenza di una attività amministrativa in corso e dinanzi, invece, ad una semplice controversia tra privati.

Sulla medesima questione si è di recente pronunciato il Consiglio di Stato¹³⁷ che ha rilevato che non appare convincente il tentativo, sviluppato in sede di appello, di trarre linfa, a favore della possibilità di accesso nella fattispecie in esame, dalla citata sentenza della Corte Costituzionale, in quanto essa investe l'art. 4, comma 10, non in toto ma "nella parte in cui preclude indistintamente l'accesso a qualsiasi notizia, informazione e dato venuti in possesso della CONSOB in connessione con la sua attività di vigilanza, pur quando questi dati, notizie ed informazioni siano evocati a fondamento dell'avvio di un procedimento disciplinare contro un soggetto operante nel settore "retto" dalla predetta Commissione". I magistrati di Palazzo Spada, sottolineato che l'attuale formulazione dell'art.4 comma 10 effettivamente osta a che la società sottoposta a procedimento sanzionatorio culminato con l'atto di archiviazione, possa avere conoscenza della documentazione relativa all'istruttoria svolta al fine di potere acquisire elementi utili in sede difensiva nel corso di giudizio pendente avanti al Giudice civile sui medesimi fatti, hanno ritenuto di dovere sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 4, comma 10, apparsa rilevante e non manifestamente infondata in relazione ai parametri di cui agli articoli 3, 24, 76 e 97 della Carta Fondamentale.

¹³⁶ "Relazione Consob per l'anno 2001" p.102

¹³⁷ Cons. St. Sez. VI ord. 5 Luglio 2002 n.3700

2.4 Il termine di notifica delle infrazioni: le soluzioni giurisprudenziali.

La contestazione degli addebiti costituisce il primo momento di contatto tra soggetti sanzionandi e Autorità proponente, nonché estrinsecazione del principio del contraddittorio, passaggio fondamentale per l'esercizio del diritto di difesa. La data di formale contestazione degli addebiti rappresenta il dies a quo di decorrenza di una serie di termini: quello di 30 giorni per la presentazione delle deduzioni, quello di 60 giorni concesso per avvalersi della facoltà (nei casi in cui è ammesso) del pagamento in misura ridotta, quelli previsti dal regolamento Consob per la conclusione del procedimento (180 giorni).

La notificazione della contestazione degli addebiti è stata uno dei maggiori terreni di scontro tra soggetti sanzionati e Consob, poiché era divenuta una costante dei reclami avverso i decreti sanzionatori la proposizione di un motivo basato sul mancato rispetto, da parte della Consob, del termine di 90 giorni dall'accertamento, previsto per effettuare la notificazione. La conseguenza dell'accoglimento di tale motivo di reclamo consisteva nell'estinzione dell'obbligazione, essendo così sufficiente un vizio di procedura per vanificare la meticolosa attività svolta per giungere alla proposta ed all'irrogazione della sanzione.

I reclami accolti per questo motivo sono stati numerosi stante l'interpretazione data dalla giurisprudenza di merito e la circostanza che i tempi della Consob per svolgere l'intero iter istruttorio e accertativo erano effettivamente lunghi.

La compatibilità della norma di riferimento, rappresentata dall'art. 14 L. n. 689/81¹³⁸, con il procedimento in esame è confermata dal fatto che, nelle varie controversie sull'argomento, né la Consob né il Ministero hanno mai contestato che alle sanzioni amministrative di cui si tratta si applicasse questa previsione, non essendo diversamente disposto dalla legislazione speciale.

Proprio dal tenore del citato art.14 risulta evidente che, per l'individuazione del dies a quo di decorrenza del termine per la notifica delle

¹³⁸ "se non è avvenuta la contestazione immediata, gli estremi della violazione debbono essere notificati agli interessati residenti nel territorio della repubblica entro il termine di novanta giorni e a quelli residenti all'estero entro il termine di trecentosessanta giorni dall'accertamento. L'obbligazione di pagare la somma dovuta per la violazione si estingue per la persona nei cui confronti è stata omessa la notificazione nel termine prescritto".

infrazioni, diventa indispensabile verificare quando si realizzi "l'accertamento" della violazione.

Le esigenze che si contrappongono sono, da un lato, quella dei privati destinatari della contestazione di ottenere una notificazione il più rapida possibile al fine di poter utilmente predisporre la propria difesa, dall'altra quella della Consob di avere uno *spatium deliberandi* il più ampio possibile. A questo fine, la Consob ha sempre sostenuto la tesi secondo cui il momento dell'accertamento delle violazioni dovrebbe essere fatto coincidere non con la chiusura delle verifiche, ma con la complessa attività di analisi e valutazione di tutti i fatti e di tutte le informazioni raccolte, e con la manifestazione della volontà concernente l'esplicazione della potestà punitiva, che non potrebbe che promanare dalla Commissione nella sua composizione di organo collegiale.

La giurisprudenza di merito si è più volte occupata della questione, giungendo a conclusioni non omogenee, che hanno di recente trovato soluzione nelle pronunce della Corte Suprema di Cassazione.

La Corte d'Appello di Milano¹³⁹ ha affermato che per "accertamento" deve intendersi non la prima notizia, ancorché qualificata, della violazione, ma il completamento, senza irragionevoli inerzie, di tutte le indagini utili e la compiuta acquisizione di tutti gli elementi soggettivi ed oggettivi della violazione. Nell'accertamento potrebbe, inoltre, ricomprendersi anche il tempo necessario per organizzare i dati acquisiti, valutarne la consistenza e coordinarli in funzione di una corretta formulazione degli addebiti (tempo, dunque, che deve essere ragionevolmente correlato alla complessità delle singole fattispecie). Nel concetto di accertamento non potrebbe farsi rientrare, invece, la fase della decisione: una volta acquisiti, sistemati e valutati tutti i dati, così da permettere la formulazione delle contestazioni da muovere in tutti i loro dettagli, è la legge a stabilire il termine di 90 giorni, che individua rigidamente lo *spatium deliberandi* concesso alla pubblica amministrazione.

La Corte d'Appello di Venezia¹⁴⁰ ha al contrario ritenuto rispettato tale termine sul rilievo che l'accertamento si verificherebbe solo quando le informazioni vengono esaminate dall'organo collegiale, cioè quando la Commissione si riunisce avendo all'ordine del giorno proprio l'esame degli esiti

¹³⁹ Corte d'Appello di Milano, Sez. I Civile, Decreti 20 luglio 2000; 22 marzo 2001; 7 aprile 2001; 9 maggio 2001. Nello stesso senso Corte d'Appello dell'Aquila, Sez. I Civile, 8 maggio 2001.

¹⁴⁰ Corte d'Appello di Venezia, decreto 17 dicembre 1998

ispettivi; pertanto non potrebbe ritenersi tardiva e dunque lesiva del diritto di difesa la riunione tenuta alcuni mesi dopo il termine finale dell'ispezione perché si deve tener conto del tempo ragionevolmente necessario alla Commissione per distribuire nel tempo i propri molti compiti e fissare gradualmente i punti da decidere nei successivi ordini del giorno.

La Corte di Cassazione¹⁴¹, in alcune recenti pronunce¹⁴², ha risolto la questione partendo dalla constatazione che nella disciplina generale delle sanzioni amministrative (L. n. 689/81) l'accertamento, ai sensi dell'art. 13, è definito come atto di pertinenza degli organi addetti al controllo sull'osservanza delle disposizioni per la cui violazione è prevista la sanzione pecuniaria amministrativa, ovvero degli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria, ed è configurato come giudizio sui risultati di riscontri direttamente effettuati, informazioni, ispezioni, rilievi ed indagini tecniche. Pur in mancanza di uno specifico termine per l'accertamento (che l'art. 13 non pone), l'esigenza di correttezza dell'operato della pubblica amministrazione e l'indisponibile diritto di difesa dell'incolpato impongono di includere nel termine per la contestazione anche l'attività occorrente a tradurre in accertamento della violazione la constatazione degli elementi di essa costitutivi.

Il criterio, peraltro, non può essere rigido, dovendosi tenere conto, da un lato della menzionata anteriore fase delle indagini, che non consente l'accertamento fino a quando le indagini stesse non siano ultimate e si rendano necessari od opportuni ulteriori riscontri, dall'altro dello *spatium deliberandi* che la natura e la consistenza della singola infrazione richiedano nel caso concreto per un corretto apprezzamento dell'idoneità delle circostanze acclamate a giustificare l'atto accertativo¹⁴³. L'attitudine della constatazione del fatto ad integrare accertamento e quindi a segnare l'inizio del decorso del termine per la contestazione, sia pure con i correttivi dinanzi ricordati,

¹⁴¹ "Relazione Consob per l'anno 2001" p.100

¹⁴² Cass. Sez. V, 25 maggio 2001, n.7143; 18 giugno 2001, n.8257; 19 giugno 2001 n.8342; 19 giugno 2001 n.8343; 25 giugno 2001 n. 8657. Sono cinque sentenze identiche, nelle quali la Corte ha, rispettivamente, respinto il ricorso presentato dai privati avverso il citato decreto della Corte d'Appello di Venezia ed invece ha accolto i ricorsi presentati dalla Consob e Ministero avverso le decisioni della Corte d'Appello di Milano.

¹⁴³ Cass. civ. sez. I, 28 aprile 1992 n. 5052 in Giust. civ. Mass. 1992, fasc. 4; Cass. civ. sez. I, 16 settembre 1993 n. 9554 in Giust. civ. 1994, I, 394; Cass. civ. sez. I, 17 marzo 1995 n. 3092 in Giust. civ. Mass. 1995, 626; Cass. civ. sez. lav. 19 dicembre 1998 n. 12724 in Giust. civ. Mass. 1998, 2625; 18 febbraio 2000 n. 1866

presuppone però che la constatazione e l'accertamento medesimi rientrino nelle attribuzioni dello stesso soggetto. Se le relative competenze sono separate, perché la persona o l'ente abilitati a riscontrare gli estremi della violazione sanzionabile non coincidono con la persona o l'ente incaricati di raccogliere gli elementi di fatto al riguardo influenti, l'atto accertativo non è configurabile fino a quando gli uni non recepiscano i risultati dell'indagine svolta dagli altri. Prima di detto momento non sorge il potere-dovere di compiere la valutazione in cui si estrinseca l'accertamento. Solo a partire da tale momento la constatazione, in quanto entra nella sfera di conoscibilità dell'Autorità legittimata a ravvisare l'illecito amministrativo, presenta i connotati occorrenti alla predetta identificazione con l'accertamento. Gli eventuali ritardi nel fornire la notizia dei fatti, in cui incorrono il soggetto o l'ente incaricati delle indagini, restano eventualmente rilevanti sul piano della responsabilità di chi li abbia determinati, ovvero anche sul versante della limitazione dell'efficacia probatoria di riscontri lontani nel tempo e non suscettibili di tempestive controdeduzioni, ma non autorizzano a cogliere gli estremi dell'accertamento, in difetto di quella notizia, costituendo essa l'antecedente indispensabile per l'esercizio del potere dell'organo competente di provvedere all'accertamento medesimo¹⁴⁴.

La divergenza fra Autorità preposta all'indagine ed Autorità preposta all'accertamento non si verifica, di regola, per la sola diversità delle persone che in concreto si occupino delle relative incombenze, se tutte operino nell'ambito della stessa amministrazione o struttura organizzativa. Detta regola postula, però, che la distinzione di compiti rimanga sul piano della ripartizione interna di funzioni, non impeditiva dell'unitaria imputabilità, nei rapporti esterni, del comportamento o dell'atto del singolo. La regola subisce, dunque, eccezione quando la legge, con previsioni munite di valenza esterna, direttamente differenzi nello stesso ente compiti e funzioni, indicando l'organo deputato alla constatazione del fatto e l'organo deputato a tradurre la constatazione in accertamento, così precludendo ogni possibilità di far coincidere la prima con il secondo.

Nel caso della Consob, poiché gli impiegati e gli esperti "riferiscono esclusivamente alla Commissione le irregolarità e violazioni constatate", mentre la Commissione "adotta i provvedimenti di sua competenza, previa

¹⁴⁴ Cass. civ. sez. lav. 27 febbraio 1996 n. 1502 in Giust. civ. Mass. 1998, 258; Cass. civ. sez. I, 30 agosto 1999 n. 9116 in Giust. civ. Mass. 1999, 1857

contestazione agli interessati, tenuto conto delle deduzioni da loro eventualmente presentate nel termine di 30 giorni ", esiste inequivoca scissione fra constatazione e contestazione, la quale comporta che l'operato degli appartenenti al servizio ispettivo della Consob resta a livello dell'indagine acquisitiva di dati, e nei corrispondenti limiti è imputabile all'ente in cui il servizio stesso è inserito. Viceversa l'accertamento della violazione, quale antecedente logico della contestazione (presupponendo quest'ultima l'esame di quei dati ed il riscontro in essi degli estremi del fatto punibile), è rimesso alla Commissione, chiamata a deliberare in composizione collegiale ed esclusivamente quando la Consob-collegio sia investita del risultato delle indagini ispettive e sia chiamata a decidere sulla ravvisabilità di illeciti amministrativi da contestare, vengono a concorrere i presupposti per definire la constatazione come accertamento dell'infrazione, con il connesso inizio del decorso del termine entro cui all'accertamento stesso deve far seguito la contestazione.

In conclusione la Suprema Corte ha stabilito che "(...) il dies a quo del termine per la contestazione agli interessati (...) inizia a decorrere - data la scissione operata dal legislatore nello specifico settore con norme di rilevanza esterna tra organo deputato alla constatazione del fatto (il servizio ispettivo della Consob) e organo deputato a tradurre la constatazione in accertamento (la Consob medesima, nella sua composizione collegiale) - soltanto allorché la Consob, in composizione collegiale, abbia a disposizione i risultati dell'indagine svolta dai propri organi ispettivi e sia investita della decisione sugli illeciti configurabili nei fatti acclarati".

La Corte d'Appello di Milano nelle sue recenti pronunce¹⁴⁵ ha aderito all'indirizzo fissato dalla Suprema Corte.

2.5 Il dualismo fra la Consob (proponente) e il Ministero (irrogante)

Anche con il TUF (art.195 comma 1¹⁴⁶) il legislatore non ha inteso discostarsi dalla impostazione, mutuata dall'ordinamento bancario, che prevede

¹⁴⁵ Decreto della Corte d'Appello di Milano, Sezione I Civile, 4 ottobre 2001

¹⁴⁶ Salvo quanto previsto dall'articolo 196, le sanzioni amministrative previste nel presente titolo sono applicate dal Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica

una ripartizione di competenze tra l'Autorità responsabile della fase istruttoria e quella deputata ad irrogare la sanzione. Permane, quindi, la struttura duale del procedimento sanzionatorio che prevede l'intervento congiunto della Consob, investita della fase istruttoria che si conclude con una proposta di irrogazione della sanzione, e del Ministro dell'Economia, che applica la sanzione con decreto motivato.

Un autore ha osservato che la mancata attribuzione alle Autorità vigilanti di settore del potere di emettere direttamente il provvedimento sanzionatorio tradisce “una residua diffidenza del legislatore rispetto alle Autorità indipendenti ed una maggiore serenità legislativa nel sapere che il potere provvedimentale, nella sua fase finale ed attuativa, è posto nelle sicure mani ministeriali”.¹⁴⁷

Contro questa “diarchia”¹⁴⁸ si sono levate molte voci critiche, favorevoli invece ad una unificazione del potere di proposta e di applicazione della sanzione in capo alla Consob

Il procedimento di irrogazione delle sanzioni impostato sul dualismo tra Autorità tecnica e Autorità politica non è conforme ad una tendenza rilevabile nella legislazione più recente in materia di Autorità amministrative indipendenti¹⁴⁹ dove l'irrogazione diretta di sanzioni da parte della stessa Autorità che ha emanato la disposizione violata è una previsione ricorrente. L'esempio più significativo è rappresentato dall'Autorità Antitrust, la quale è titolare in via esclusiva anche del potere sanzionatorio che si aggiunge ai poteri autorizzatori e ordinatori e completa i poteri investigativi e di accertamento di violazione delle regole materiali della concorrenza. Si pensi in particolare al potere di applicare le sanzioni pecuniarie previsto dall'art.15 L. n.287/90 in caso di violazione dei divieti di intese restrittive della concorrenza e di abuso di posizione dominante e dall'art. 19 nel caso di operazioni di concentrazione attuate in violazione delle regole sulla concorrenza.

con decreto motivato, su proposta della Banca d'Italia o della CONSOB, secondo le rispettive competenze.

¹⁴⁷ SASSANI-CARDI, *Le sanzioni amministrative*, op. cit., p. 1268

¹⁴⁸ In senso critico vedi anche BANI E., *Il potere sanzionatorio*, op. cit., che parla di “mezzadria” tra l'autorità proponente e il Ministero del Tesoro.

¹⁴⁹ CLARICH M., *Le sanzioni amministrative nel testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia: Profili sostanziali e processuali*, in Scritti in memoria di Aldo Piras, Milano, 1996, p.182

Anche nel caso del Garante per la radiodiffusione e l'editoria, la L. n.223/1990, almeno in alcune fattispecie, attribuisce in via esclusiva a questo organo un potere sanzionatorio diretto che può consistere sia nell'irrogazione di una sanzione amministrativa sia, nei casi più gravi, nella sospensione dell'efficacia della concessione o dell'autorizzazione di cui è titolare l'impresa che ha posto in essere un comportamento illecito (art. 31 comma 3).

È significativo che la stessa Consob possa esercitare un potere sanzionatorio autonomo ai sensi dell'art.196 per quanto riguarda le sanzioni amministrative a carico dei promotori finanziari e non si comprende perchè tale modello non possa essere esteso anche alle altre sanzioni amministrative nei confronti degli esponenti aziendali

Il dualismo comporta una serie di inconvenienti, uno dei quali è rappresentato dalla difficoltà di delimitare con precisione l'ambito di responsabilità di ciascun apparato, visto che alla previsione della separazione dei compiti tra Autorità proponente e Autorità irrogante non sempre consegue nei fatti una separazione chiara di responsabilità sul contenuto finale del decreto di applicazione della sanzione, sulla durata della procedura sanzionatoria, sulla sua regolarità amministrativa, sulle scelte in materia di diritto di accesso. Inoltre, il Ministero dell'Economia provvede solo ad applicare le sanzioni amministrative proposte dalla Commissione senza partecipare in alcun modo alla procedura di accertamento della violazione, contestazione degli addebiti e valutazione delle deduzioni; questo comporta un allungamento dei tempi del procedimento ed altresì che il Ministero sia chiamato ad elaborare le motivazioni sottostanti l'applicazione della misura sanzionatoria, facendo di necessità riferimento alle risultanze di accertamenti da esso non direttamente effettuati.

La critica al dualismo è confortata dall'analisi del rapporto tra potere sanzionatorio e potere normativo della Consob: spesso le disposizioni del testo unico, delle quali l'art. 195 sanziona la violazione, fanno riferimento alla normativa secondaria emanata dalla Consob. Nella misura in cui all'Autorità stessa è attribuita una funzione di regolazione e lasciato un margine di apprezzamento nella determinazione dei precetti, la conseguenza logica è che essa abbia un corrispondente margine di apprezzamento anche nella tipizzazione delle figure di illecito, cosa che accresce il suo ruolo

nell'irrogazione delle sanzioni.¹⁵⁰ In altre parole, la valutazione dell' illecito e la determinazione della sanzione sono attività strettamente collegate tra loro e rientrano inevitabilmente tra le funzioni di regolazione delle Autorità indipendenti. La funzione sanzionatoria, in effetti, si pone al crocevia dei tre tipi di potere di cui sono titolari le Autorità indipendenti: poteri normativi, esecutivi, giurisdizionali.¹⁵¹ Ma allora è evidente che, se la potestà sanzionatoria va considerata come un complemento dei poteri attribuiti a questo nuovo tipo di amministrazioni, una cogestione nell'esplicazione della prima, con l'intervento di organi politici, si traduce necessariamente in un'ingerenza indiretta sui secondi.¹⁵² Quindi, salvo rifiutare il modello stesso di queste Autorità, non si può negare la necessità che il potere sanzionatorio venga ad esse devoluto in toto.¹⁵³

Lo stesso Presidente della Consob¹⁵⁴ ha, di recente ed in sede ufficiale, criticato il fatto che, a differenza di altre Autorità indipendenti e di moltissime Autorità estere, la Consob non disponga (salvo che nel caso dei promotori finanziari) del potere di irrogare direttamente sanzioni pecuniarie e ha sostenuto che "l'attribuzione del potere sanzionatorio diretto sui soggetti vigilati costituirebbe un completamento necessario del complesso di poteri normalmente attribuiti ad un'Autorità indipendente"; a suo avviso la possibilità di sanzionare direttamente i comportamenti scorretti sarebbe "più efficiente rispetto alla mera possibilità di proposta".

Questa soluzione dovrebbe eliminare gli inconvenienti menzionati, accelererebbe i tempi del procedimento, eviterebbe che il soggetto sanzionato debba intrattenere contemporaneamente rapporti con più istituzioni (Autorità

¹⁵⁰ Nella tensione tra esigenza di garanzia ed esigenza di autonomia della funzione di regolazione si può vedere un riflesso della tensione tra direzione politica dell'economia e neutralità delle autorità indipendenti di cui parla MERUSI, *Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti*, in AA.VV., *Mercati e amministrazioni indipendenti*, a cura di Bassi e Merusi, Milano, 1993, p.151 ss

¹⁵¹ CASSESE, *Implicazioni della indipendenza delle autorità, Relazione al Convegno su Le autorità indipendenti, Roma 17 novembre 1995*, in *I garanti delle regole*, a cura di Cassese-Franchini, Bologna, 1996

¹⁵² CLARICH M., *Le sanzioni amministrative, op. cit.*, p.182

¹⁵³ Il fenomeno deriva dalla titolarità, in capo alle autorità indipendenti, di poteri normativi, esecutivi, giurisdizionali e dalla indistinzione tra gli stessi, su cui vedi CASSESE, *Implicazioni della indipendenza delle autorità*, op. cit.

¹⁵⁴ intervenendo in sede di indagine conoscitiva sulle Autorità amministrative indipendenti davanti alla Commissione I della Camera dei Deputati

proponente; Autorità irrogante), renderebbe l'Autorità maggiormente consapevole del proprio ruolo e dell'ambito della propria responsabilità

2.6 La natura giuridica della proposta.

La analoga procedura sanzionatoria dell'art. 145 TUB ha diviso gli interpreti sulla natura della proposta di sanzione, se atto vincolante o semplicemente obbligatorio. Proprio le strette analogie tra le due procedure consentono di utilizzare in questa sede le riflessioni svolte dalla dottrina a quel riguardo, e questo in quanto non sembra che il TUF abbia contribuito a risolvere definitivamente il problema relativo alla natura della proposta che ha precise conseguenze sul piano pratico: ove si riconoscesse carattere vincolante alle proposte degli organi di vigilanza, il Ministero non potrebbe disporre di alcun margine di discrezionalità riguardo alla applicazione della sanzione pecuniaria e alla graduazione della sua misura.

Parte della dottrina¹⁵⁵ riconduce l'atto di proposta alla categoria delle proposte obbligatorie (quelle in mancanza delle quali l'Autorità attiva non può provvedere) e vincolanti, considerato che, non avendo i poteri per procedere all'accertamento dei fatti, il Ministro dell'Economia, a parte verificare la legittimità dell'atto propulsivo, potrebbe, a seguito della proposta, astenersi dall'emanazione del decreto sanzionatorio adottando un atto negativo motivato, ma non potrebbe discostarsi dalla valutazione in merito risultante dall'accertamento effettuato dalla Autorità proponente dei fatti costituenti infrazione.

Di contro, altra dottrina¹⁵⁶ afferma la natura obbligatoria, ma non vincolante della proposta, sia per ragioni di carattere sistematico, in ordine al ruolo dei soggetti coinvolti, sia per il termine "proposta" utilizzato dal legislatore che mal si concilia con la vincolatività dell'atto. Il provvedimento dell'amministrazione costituisce a pieno titolo esercizio del potere

¹⁵⁵ CECI-IAPICHINO, *Sanzioni amministrative*, in AA.VV. *La nuova legge bancaria*, a cura di Ferro-Luzzi e Castaldi, Milano, 1996

¹⁵⁶ CAPRIGLIONE, *Commento all'art.195*, in ALPA G. - CAPRIGLIONE F., *Commentario al Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, Padova, 1998, p.1761; SALAFIA, *La procedura sanzionatoria relativa ai servizi di investimento*, in *Le Società*, n.10/1996, 1122; SASSANI-CARDI *Le sanzioni amministrative*, op. cit., p. 1268

sanzionatorio che presuppone la verifica della sussistenza dei presupposti di fatto e di diritto per l'applicazione della sanzione, nonché la congrua commisurazione del quantum della stessa. L'amministrazione non esercita ordinariamente poteri di accertamento tecnico dei fatti, ma si limita a valutare un accertamento effettuato dall'organo proponente, e da quest'ultimo posto a base della propria proposta; pertanto essa, ove ritenga che tale accertamento risulti palesemente infondato, potrà archiviare gli atti e, in caso di dubbio, richiedere chiarimenti all'Autorità proponente oltre ad un supplemento di istruttoria. All'esito dell'istruttoria il Ministero ove ritenga di dover adottare un provvedimento diverso da quello proposto dalla Consob, dovrà sottoporre nuovamente la questione all'organismo proponente per una valutazione nel merito; la proposta, infatti, pur non vincolando il Ministero, presuppone comunque la valutazione delle deduzioni dei soggetti interessati.

Perciò, si riconosce¹⁵⁷ al Ministero la potestà di discostarsi dalla proposta formulata dall'organo della contestazione perché altrimenti, per un verso questa verrebbe convertita in un ordine la cui configurazione sarebbe in contrasto con i ruoli propri dei soggetti del procedimento, per altro verso si affiderebbe il giudizio sulla vicenda sostanzialmente ad un soggetto diverso da quello formalmente preposto all'emanazione del decreto di condanna. L'atto della proposta richiederebbe, secondo i principi generali, una valutazione positiva o negativa da parte dell'organo destinatario¹⁵⁸; sarebbe, quindi, possibile che il Ministero dell'Economia respingesse la proposta pervenutagli, nel senso che egli potrebbe archiviare nonostante che gli si proponga di condannare o condannare sebbene gli sia proposta l'archiviazione; tuttavia, per la tecnicità dell'Autorità proponente, un'eventuale decisione del Ministero dell'Economia che si discostasse dalla proposta della Consob dovrebbe essere adeguatamente motivata.¹⁵⁹

Sul piano pratico, attraverso la consultazione delle tabelle riepilogative di tutti i procedimenti sanzionatori dal 1993 al 2001¹⁶⁰, si è avuto modo di constatare che i casi di archiviazione sono stati solamente tre¹⁶¹; significativo è,

¹⁵⁷ SALAFIA, *La procedura sanzionatoria*, op. cit., p. 1122

¹⁵⁸ SALAFIA, *La procedura sanzionatoria*, op. cit., 1122

¹⁵⁹ SASSANI-CARDI *Le sanzioni amministrative*, op. cit., p. 1268

¹⁶⁰ Gentilmente messe a disposizione dall'Ufficio suddetto

¹⁶¹ 1. proposta 16 aprile 93 nei confronti di SIMIMPRESA SIM

poi, che questi tre isolati casi si siano verificati nel periodo di vigenza della L.n.1/91, mentre le 135 proposte formulate dalla Consob ai sensi dell'art.195 TUF dal 1998 al 2001 sono state tutte accolte e tramutate dal Ministero in altrettanti decreti sanzionatori.

Si può, quindi, concludere nel senso che di fatto la proposta della Consob abbia carattere vincolante, anche se dal punto di vista formale si deve ritenere che permanga comunque la teorica possibilità che il Ministero la disattenda o se ne discosti.

Questa conclusione trova conferma nella formula costantemente adottata dal Ministero nel proprio decreto, che ritualmente recita: "Considerato, alla luce degli atti acquisiti e valutata ogni circostanza di rilievo, di poter condividere le risultanze degli accertamenti effettuati dalla Consob. Ritenuto conseguentemente di poter procedere all'applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria nei termini di cui alla proposta".

2.7 Il provvedimento sanzionatorio. La motivazione della sanzione

La Consob, una volta formulata la proposta, la trasmette insieme con la documentazione al Ministero dell'economia e delle finanze, il quale provvede ad applicare la sanzione con "decreto motivato".

Il provvedimento ministeriale, emanato a conclusione del procedimento, ha quindi forma di decreto, nel quale gli elementi costitutivi sono la motivazione, la determinazione della sanzione e l'applicazione di essa al soggetto identificato, oltre ovviamente all'indicazione dell'Autorità e alla sua sottoscrizione.¹⁶²

	2.	“	8 marzo 94	“	ZETASIM
LAVORO	3.	“	5 gennaio 96	“	BANCA NAZIONALE DEL

¹⁶² Nella pratica il decreto motivato si presenta nella seguente forma:

DECRETO DEL MINISTRO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE
n..... del..

“Applicazione di sanzione pecuniaria a...., ai sensi degli artt. ... del d.lgs. n. 58/98”

VISTO il d.lgs. n. 58 del 24 febbraio 1998 che ha ridisciplinato la materia dell'intermediazione, in particolare gli artt. di quest'ultimo;

Ci si trova di fronte ad un caso di divergenza fra la disciplina speciale del TUF e la disciplina generale della L. n. 689/81, in quanto l'atto che conclude il procedimento descritto dalla legge generale ha la forma di ordinanza-ingiunzione¹⁶³. La differenza è minima, dato che sul piano della sostanza effettuale sia il decreto del Ministro, sia l'ordinanza-ingiunzione prevista dal citato art. 18, contengono una condanna al pagamento di una somma di denaro. È verosimile ritenere che la diversa forma prevista per il provvedimento del Ministro dipenda dal fatto che non tutte le sanzioni amministrative irrogabili ai sensi del TUF, in particolare quelle previste per i promotori finanziari (art. 196), hanno contenuto pecuniario¹⁶⁴, per cui sarebbe impossibile disporre per esse una ingiunzione. Ne è derivata l'opportunità di prevedere, per tutte le sanzioni amministrative previste dal titolo secondo della parte quinta, il decreto con efficacia di accertamento dell'infrazione e irrogazione della relativa sanzione.

VISTA la lettera n. ... del ... con cui la Consob, trasmettendo gli atti relativi, ha comunicato che.....;

VISTO che la Consob con la suddetta lettera ha proposto, per la predetta violazione, ai sensi dell'art. 195 del D.Lgs. n. 58/1998, l'applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria di cui all'art..., nei confronti di ..., nella misura di lire ... ;

CONSIDERATO, alla luce degli atti acquisiti e valutata ogni circostanza di rilievo, di poter condividere le risultanze degli accertamenti effettuati dalla Consob;

RITENUTO conseguentemente di poter procedere all'applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria nei termini di cui alla proposta;

D E C R E T A

A carico delle persone di seguito specificate è inflitta, ai sensi e per gli effetti delle norme sopra richiamate, la seguente sanzione amministrativa pecuniaria:

I N G I U N G E

Alla ...(persona giuridica) di pagare ai sensi e per gli effetti dell'art. 195 del D.Lgs. n. 58/1998, con obbligo di regresso nei confronti dei responsabili, le somme come sopra determinate, presso la sezione di ... della Tesoreria provinciale dello Stato - con imputazione al capo X capitolo 2368 (cod. mec. 6.2.2.) dello stato di previsione per le entrate del bilancio dello Stato - entro il termine di trenta giorni dalla notifica del presente decreto.

Roma, ../../....
DIRETTORE GENERALE

IL

¹⁶³ Art 18: "Se ritiene fondato l'accertamento, determina, con ordinanza motivata, la somma dovuta per la violazione e ne ingiunge il pagamento"

¹⁶⁴ Si pensi al richiamo scritto, alla sospensione da uno a quattro mesi dall'albo, alla radiazione dall'albo.

L'art. 18 non prevede la necessità dell'indicazione del termine entro cui è possibile ricorrere e del giudice innanzi al quale è possibile farlo. Questa lacuna lascerebbe intravedere una disparità di trattamento ai sensi dell'art. 3 Cost. per i destinatari dell'ordinanza ingiunzione rispetto ai destinatari degli atti amministrativi cui è applicabile l'art. 3 comma 4 L. n.241/90¹⁶⁵. La Corte Costituzionale¹⁶⁶, pur dichiarando infondata la questione di legittimità ai sensi degli artt. 3 e 24, ha precisato che la normativa sul procedimento amministrativo enuncia "un principio di carattere generale che si applica anche ai procedimenti amministrativi disciplinati da disposizioni anteriori", per cui l'obbligo dell'indicazione del termine e dell'Autorità cui è possibile ricorrere "deve ritenersi applicabile anche al procedimento di irrogazione delle sanzioni amministrative regolato dalla L. n. 689/81".

Il decreto deve contenere la sottoscrizione della persona che soggettivizza l'organo emanante. Secondo la Cassazione¹⁶⁷, tuttavia, non costituisce motivo di invalidità dell'ordinanza l'illeggibilità o l'incompletezza della firma quando l'identità della persona sia altrimenti individuabile. E', poi consentita, per le ordinanze emanate tramite sistemi informatici o telematici, la sostituzione della firma autografa con l'indicazione a stampa del nominativo del soggetto competente.

Si evidenzia, inoltre, come, in base al principio di corrispondenza fra contestazione e condanna, l'organo emanante non possa pronunciare ordinanza-ingiunzione per un fatto non attribuito al trasgressore in sede di contestazione, né applicare norme diverse da quelle indicate nella contestazione stessa, in quanto ciò determinerebbe una lesione del diritto di difesa o del contraddittorio.¹⁶⁸

Infine, il provvedimento, una volta emanato, deve essere notificato agli interessati entro il termine di cinque anni dal giorno della commessa violazione, stabilito dall'art. 28 della L. n. 689/81 per la prescrizione del credito.¹⁶⁹

Particolare attenzione merita la motivazione del decreto ministeriale.

¹⁶⁵ "In ogni atto notificato al destinatario devono essere indicati il termine e l'Autorità cui è possibile ricorrere"

¹⁶⁶ Corte Cost., 1 aprile 1998, n.86 in Foro it. 1998, I, 2067, 2658 con nota di Caponi

¹⁶⁷ Cass., sez I, 7 agosto 1996, n.7234 in Giust. civ. Mass. 1996, 1121

¹⁶⁸ Cass., sez I, 23 agosto 1996, n.6408 in Giust. civ. Mass. 1996, 996

¹⁶⁹ Cass Civ sez lav., 9 marzo 1996, n.1902 in Giust. civ. Mass. 1996, 321

Innanzitutto si ricorda che, anche prescindendo dal dato testuale dell'art. 195 comma 1, l'esistenza di un obbligo di adeguata motivazione del provvedimento veniva già ricavato dalla dottrina¹⁷⁰, in riferimento all'esercizio della potestà sanzionatoria, dalla garanzia del buon andamento dell'amministrazione sancita nell'art. 97 comma 1, Cost.

La motivazione risponde all'esigenza di consentire al trasgressore, una volta messo a conoscenza delle ragioni che hanno indotto l'amministrazione ad infliggere una sanzione, di organizzare le proprie difese nell'eventuale opposizione giudiziale. Si collega dunque al diritto di difesa costituzionalmente riconosciuto dall'art. 24.

Secondo la Suprema Corte¹⁷¹, la motivazione è finalizzata a porre l'ingiunto nella possibilità di verificare l'effettiva sussistenza del suo debito, procedendo così, in caso di esito positivo della verifica, all'adempimento, oppure, in caso di esito negativo della stessa, a svolgere con completezza in sede giudiziaria i propri argomenti difensivi. La conseguenza è che "la mancanza o insufficienza della suddetta motivazione determinano la nullità dell'ordinanza-ingiunzione", fermo restando che la semplice indicazione del titolo astratto della pretesa avanzata dall'Autorità amministrativa, nonché dei dati personali e temporali di riferimento, devono ritenersi idonei alla compiuta identificazione del debito ed allo svolgimento della suddetta attività difensiva.¹⁷²

Da un diverso punto di vista, la motivazione serve anche a rendere possibile al giudice un controllo sui presupposti e sui requisiti di validità del provvedimento sanzionatorio.

La motivazione dovrà, dunque, in linea generale, contenere tutti gli elementi necessari per adempiere alle due funzioni descritte. In questo senso la Cassazione¹⁷³ ha precisato che l'obbligo della motivazione non può ritenersi soddisfatto con il semplice riferimento alle norme violate ed agli estremi del verbale d'accertamento, soprattutto quando tale tipo di motivazione non si riveli idonea a specificare la portata e la natura della violazione. Inoltre, non può limitarsi alla generica parafrasi del testo normativo, ma deve contenere il

¹⁷⁰ SANDULLI M.A., *Sanzioni amministrative*, op. cit., p. 15

¹⁷¹ Cass. Civ., sez. lav., 17 giugno 1997, n.5425 in Giust. civ. Mass. 1997, 1003

¹⁷² Cass. Civ., sez. lav., 17 giugno 1997, n.5425 in Giust. civ. Mass. 1997, 1003

¹⁷³ Cass. Civ. sez. I 23 giugno 1995, n.7138 in Giust. civ. Mass. 1995, fasc. 6

riferimento ad elementi specifici e concreti che permettano l'individuazione del tipo e della gravità dell'infrazione commessa.¹⁷⁴

Chiarita la funzione della motivazione, si deve verificare l'ammissibilità di una motivazione dell'ordinanza per relationem, cioè facendo riferimento ad altri atti del procedimento sanzionatorio.

La giurisprudenza di merito¹⁷⁵ ha recepito l'orientamento formatosi nella giurisprudenza di legittimità con riferimento alla disciplina generale contenuta nell'art. 18 L. n. 689/81 limitandosi a fare proprie le riflessioni svolte dalla Corte di Cassazione, secondo la quale il contenuto dell'obbligo di motivare il provvedimento con cui si applica la sanzione amministrativa "va individuato in funzione dello scopo della motivazione stessa, che è quello di consentire all'ingiunto la tutela dei suoi diritti"¹⁷⁶. Pertanto, il suddetto obbligo deve considerarsi soddisfatto quando dall'ingiunzione risulti la violazione addebitata, in modo che l'ingiunto possa far valere le sue ragioni ed il giudice esercitare il controllo giurisdizionale, con la conseguenza che "è perfettamente ammissibile la motivazione per relationem" mediante il richiamo di altri atti del procedimento amministrativo individuati con precisione e che siano nella sfera di conoscibilità legale dell'interessato, fra i quali rilievo dominante assume il verbale di accertamento delle infrazioni (già noto al trasgressore in virtù della obbligatoria preventiva contestazione), dal quale emergono le ragioni e gli elementi che consentono al privato di opporsi alla sanzione dinanzi all'Autorità giudiziaria.

Dalla verifica di numerosi decreti sanzionatori è risultato che il Ministero dell'Economia fa ampio uso della motivazione per relationem, adottando costantemente una formula¹⁷⁷ di rinvio alle risultanze degli accertamenti effettuati dalla Consob ed alla conseguente proposta.

¹⁷⁴ Cass Civ. sez I, 13 marzo 1992, n.3081 in Rass. avv. Stato 1992, I, 72

¹⁷⁵ Decreti Corte App. Milano, Sezione I Civile, 21 maggio 1999; 14 settembre 2001 – 21 settembre 2001.

¹⁷⁶ Cass Civ. sez I, 30 dicembre 1998, n.12881 in Giust. civ. Mass. 1998, 2660; Cass. civ. sez. I, 21 settembre 1998 n. 9433 in Giust. civ. Mass. 1998, 1920; Cass. civ. sez. I, 3 luglio 1998, n.6529 in Giust. civ. Mass. 1998, 1461; Cass Civ, sez lav, 2 febbraio 1996 n. 911 in Giust. civ. Mass. 1996, 143

¹⁷⁷ CONSIDERATO, alla luce degli atti acquisiti e valutata ogni circostanza di rilievo, di poter condividere le risultanze degli accertamenti effettuati dalla Consob;

RITENUTO conseguentemente di poter procedere all'applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria nei termini di cui alla proposta;

2.8 La pubblicità della sanzione.

Ai sensi dell'art. 195 comma 3¹⁷⁸, il decreto sanzionatorio emanato dal Ministero deve essere reso noto attraverso la pubblicazione per estratto sul Bollettino Consob; il comma 8¹⁷⁹ dello stesso articolo prevede, altresì, la pubblicazione sul medesimo Bollettino della decisione sull'opposizione presentata avverso il decreto ministeriale applicativo della sanzione.

La funzione tipica della pubblicazione del decreto sanzionatorio è quella informativa, volta a consentire alla comunità finanziaria ed al pubblico dei risparmiatori di acquisire utili informazioni in ordine al giudizio delle Autorità di vigilanza sulla liceità o meno di determinati comportamenti o prassi operative, con conseguente incremento della capacità di qualificare correttamente i fenomeni che si sviluppano nel mercato mobiliare.¹⁸⁰

Il risultato pratico di tale sanzione accessoria¹⁸¹ consiste nell'accentuare il carattere affittivo¹⁸² della sanzione pecuniaria inflitta, attesi gli intuibili effetti conseguenti alla percepibilità e, in taluni casi, al clamore che si determina nel mondo bancario e finanziario con la divulgazione del provvedimento irrogato¹⁸³. Non sembra potersi dubitare del fatto che la norma non partecipa alla regolamentazione dell'iter di applicazione della sanzione, bensì concorre, in tutt'uno con la sanzione principale, nel determinare il grado di afflittività della reazione dell'ordinamento mobiliare alla violazione delle regole di

¹⁷⁸ " il decreto di applicazione delle sanzioni è pubblicato per estratto sul Bollettino della Banca d'Italia o della Consob. Il Ministero dell'Economia, del bilancio e della programmazione economica, su richiesta dell'Autorità proponente, tenuto conto della natura della violazione e degli interessi coinvolti, può stabilire modalità ulteriori per dare pubblicità al provvedimento, ponendo le relative spese a carico dell'autore della violazione "

¹⁷⁹ "copia del decreto è trasmessa a cura della cancelleria della Corte d'Appello al Ministero dell'Economia, del bilancio e della programmazione economica e all'Autorità proponente ai fini della pubblicazione, per estratto, nel Bollettino di quest'ultima "

¹⁸⁰ MELONCELLI, *Pubblicazione* (voce), in Enc. Dir., XXXVII, p.933

¹⁸¹ MOLE'-FANTOLA, *Decreto Eurosime*, op. cit., 105; CLARICH M., *Le sanzioni amministrative*, op. cit., anche in Banca impresa e società, 1995, 65

¹⁸² Sul carattere affittivo delle sanzioni si veda par. 1.6

¹⁸³ CONDEMI, *Commento all'art. 195*, op. cit., in RABITTI BEDOGNI, *Il Testo Unico*, op. cit.

comportamento degli intermediari e di quelle altre rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 195.

Anche il secondo periodo del comma 3, dove si prevede la possibile fissazione di "modalità ulteriori" per dare pubblicità al provvedimento, assolve, attraverso una adeguata informazione del pubblico circa l'avvenuta punizione del responsabile della commissione di un illecito di settore, alla funzione di incrementare il grado di consapevolezza della comunità finanziaria e dei risparmiatori in ordine alla illiceità di determinati comportamenti. Le "modalità ulteriori" di pubblicità costituiscono, peraltro, una forma di investor education, essendo preordinate ad evitare il ripetersi di violazioni della specie di quelle sanzionate attraverso l'incremento del grado di autodifesa dei risparmiatori.

L'attribuzione alle Autorità amministrative del potere di decidere l'an e il quomodo della pubblicazione depone in favore della natura non sanzionatoria di questa ultima forma di pubblicazione; se il legislatore avesse temuto che, in taluni casi, la mera pubblicazione sul Bollettino potesse non realizzare appieno la sua funzione punitiva, l'art. 195 avrebbe recato disposizioni normative di carattere generale contenenti l'indicazione di quali tipologie di illeciti dovessero essere accompagnate da predefiniti termini e forme di divulgazione della sanzione più incisive rispetto alla sola pubblicazione sul Bollettino. È significativo, al riguardo, il confronto con l'art. 145 comma 3 del TUB, il quale prevede, in alternativa al generale principio della pubblicazione per estratto sul Bollettino di vigilanza della Banca d'Italia di decreti ministeriali irrogativi di sanzioni amministrative pecuniarie, che " il decreto di applicazione delle sanzioni previste dall'art. 144 commi 3 e 4 è pubblicato per estratto, entro il termine di 30 giorni dalla notificazione, su almeno due quotidiani a diffusione nazionale, di cui uno economico ".

L'indagine in ordine alla ratio della previsione di cui al comma 8 dell'articolo in esame della pubblicazione nel Bollettino del decreto con cui si definisce il giudizio di opposizione instaurato davanti alla Corte d'Appello avverso il decreto sanzionatorio ministeriale si sviluppa intorno alla alternativa tra autonomia ovvero interdipendenza di questa pubblicità rispetto a quella del provvedimento sanzionatorio.

Non sembra condivisibile la teoria, prospettata da parte della dottrina¹⁸⁴, secondo cui la pubblicazione del decreto della Corte d'Appello

¹⁸⁴ CLARICH M., *Le sanzioni amministrative, op. cit.*, anche in *Banca impresa e società*, 1995, 66

trarrebbe la propria ragion d'essere nella già precedentemente avvenuta pubblicazione della misura sanzionatoria applicata dal Ministero, di talché la pubblicazione della pronuncia giudiziale, se il reclamo viene accolto, servirebbe a correggere almeno in parte gli effetti in termini di danno all'immagine della pubblicazione del provvedimento di irrogazione della sanzione. Essa, infatti, non considera che questa pubblicazione è connotata dalla neutralità¹⁸⁵, nel senso che è prevista indipendentemente dal fatto che il decreto confermi o meno il provvedimento sanzionatorio.

La pubblicazione del decreto che definisce il giudizio di opposizione assolve non già ad una finalità correttiva, bensì ad una finalità informativa¹⁸⁶, avente ad oggetto l'esito del controllo giurisdizionale; essa concorre ad incrementare il grado di conoscenza della comunità finanziaria e del pubblico dei risparmiatori circa la corretta interpretazione ed applicazione della normativa del settore mobiliare come interpretata in sede giurisdizionale e, conseguentemente, ad aumentare la riconoscibilità delle condotte illecite.

Ulteriore questione riguarda la possibilità di pubblicare il decreto sanzionatorio in pendenza del giudizio di opposizione; la soluzione passa attraverso la verifica dell'applicabilità a questa fattispecie della norma generale contenuta nell'art. 20 comma 2 L. n. 689/81, ai sensi del quale " le sanzioni amministrative accessorie non sono applicabili fino a che è pendente il giudizio di opposizione contro il provvedimento di condanna ".

Se si optasse per la applicazione di tale norma ne deriverebbe che la pubblicazione del provvedimento sanzionatorio dovrebbe ritenersi consentita solo una volta decorso il termine per l'opposizione davanti alla Corte d'Appello nell'ipotesi in cui questa non venga presentata e, nel caso di proposizione, esclusivamente all'esito della relativa decisione. In favore di tale interpretazione militerebbe la generale portata della norma contenuta nella L. n. 689/81, applicabile a tutte le misure qualificabili come sanzioni amministrative

¹⁸⁵ Evidente è la differenza tra l'istituto in esame e la pubblicazione della sentenza penale di condanna di cui all'art.36 c.p., che si ha solamente in presenza di una pronuncia sfavorevole al reo e quindi non in ogni caso in cui si addivenga ad una pronuncia di merito; indubbio è in questo caso il rafforzamento della finalità repressiva della pronuncia giurisdizionale.

¹⁸⁶ La natura informativa della pubblicazione in discorso è evocata da DONATO-IALUNGO, *Commento agli artt.43 e 44*, in *La disciplina degli intermediari e dei mercati finanziari*, a cura di Capriglione, Padova, 1997, p.375

accessorie¹⁸⁷. Sembra che il legislatore, con la previsione della pubblicazione del decreto che definisce il giudizio di impugnazione, abbia voluto solamente prevedere, in maniera autonoma rispetto alla pubblicità-sanzione di cui al comma 3, una forma di pubblicità-notizia concernente l'attività giurisdizionale sui provvedimenti sanzionatori promossi dalla Consob.

Di contro, ritenendo inapplicabile l'art.20 si avrebbe un sistema di "doppia pubblicazione", una immediata del decreto di applicazione delle sanzioni ed un'altra successiva del decreto che decide dell'impugnazione. In tal senso si è determinata la Consob stabilendo che ai provvedimenti sanzionatori adottati ai sensi dell'art. 195 deve essere data immediata pubblicità attraverso la pubblicazione sul Bollettino, a prescindere dall'eventuale impugnazione da parte dell'interessato, e che in caso di impugnazione dovrà essere successivamente pubblicato anche il provvedimento della Corte d'Appello.

Ci si deve, infine, interrogare circa l'ammissibilità della divulgazione mediante il periodico "Consob Informa" ed il sito Internet della Consob dei provvedimenti sanzionatori adottati ai sensi dell'art. 195. Al riguardo, ricordata la natura propriamente sanzionatoria della pubblicità dei provvedimenti, si osserva che, in doveroso ossequio al principio di legalità, eventuali divulgazioni disposte dall'Autorità amministrativa in assenza di disposizioni di legge abilitanti, si configurerebbero come esercizio di un potere afflittivo aggiuntivo, non conferito dal legislatore e come tale inammissibile.¹⁸⁸

Il comma 3 dell'art. 195 fa riferimento esclusivamente al Bollettino della Consob, per cui la divulgazione tramite la newsletter "Consob Informa" potrebbe ritenersi consentita solo ove questo strumento fosse qualificabile come "parte" del Bollettino.

La Commissione ha risolto la problematica escludendo espressamente la pubblicabilità del decreto sanzionatorio su "Consob Informa", ma stabilendo che il Bollettino Consob è da considerarsi pubblicabile in due vesti formali: cartacea e via Internet.¹⁸⁹ In effetti, oggi, il Bollettino è disponibile

¹⁸⁷ SANDULLI M.A., *Le Sanzioni amministrative pecuniarie*, Napoli, 1983, p252

¹⁸⁸ Consob, Relazione per la Commissione della Divisione Affari Legali, Ufficio Normativa e Consulenza, n.W999084R del 24 settembre 1999, *"Pubblicazione del decreto di applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria: forme di pubblicità ulteriori rispetto alla pubblicazione sul Bollettino Consob"*.

¹⁸⁹ Consob. Nota per il direttore generale della Divisione Affari Legali, Ufficio Normativa e Consulenza, n. DAL/W003124X del 20 aprile 2000, *"Pubblicità dei provvedimenti sanzionatori"*.

integralmente in versione informatica sul sito Internet della Consob¹⁹⁰, con aggiornamento quindicinale.

In conclusione si deve rilevare che, dal momento che l'entità della sanzione pecuniaria (che non è proporzionale, ma da determinare entro un limite minimo e massimo prestabiliti) è indubbiamente bassa e comunque di poco rilievo per società con bilanci milionari, il vero deterrente è rappresentato dalla pubblicità della sanzione, per il discredito ed il danno all'immagine che essa può provocare. Pertanto, giunge da più parti l'auspicio di una riconsiderazione delle attuali disposizioni, volta non tanto ad aumentare l'entità pecuniaria della sanzione, quanto piuttosto ad implementare i mezzi di pubblicità, considerata l'inadeguatezza delle attuali modalità di pubblicazione a garantire una effettiva sanzione in termini di reputazione.¹⁹¹

2.9 Solidarietà e obbligo di regresso

Con il comma 9¹⁹² dell'art 195 il legislatore ha risolto il problema dell'individuazione del soggetto passivo della sanzione, escludendo la possibilità della diretta responsabilità delle società¹⁹³. Si è trattato di una scelta di politica legislativa, non resa necessaria da alcun vincolo costituzionale, visto che per le sanzioni amministrative non opera il principio di personalità della pena così come fissato dall'art. 27 comma 1 della Costituzione. Il sistema delineato dalla L. n. 689/81, come interpretato dalla Cassazione¹⁹⁴, non ammette una diretta responsabilità della persona giuridica per la violazione, di

¹⁹⁰ www.consob.it

¹⁹¹ "Indagine conoscitiva sull'attuazione del TUF". Audizione del Presidente della CONSOB Spaventa presso la VI Commissione Finanze della Camera del 20/03/2002.

¹⁹² "9. Le società e gli enti ai quali appartengono gli autori delle violazioni rispondono, in solido con questi, del pagamento della sanzione e delle spese di pubblicità previste dal secondo periodo del comma 3 e sono tenuti ad esercitare il diritto di regresso verso i responsabili."

¹⁹³ La responsabilità diretta delle società era prevista dall'art.13 L. n. 1/91

¹⁹⁴ Cass civ sez I, 5 luglio 1997, n.6055 in Giust. civ. Mass. 1997, 1140; Cass civ sez I 21 luglio 1993, n.8143 in Foro it. 1994, I, 773 con nota di Mezzabarba - Trani; Cass.Civ. sez lav., 10 dicembre 1998 n.12459 in Giust. civ. Mass. 1998, 2564; Cass. civ. sez. lav. 3 ottobre 1998 n.9830 in Giust. civ. Mass. 1998, 2009; Cass. civ. sez. lav. 23 ottobre 1997 n.10448 in Giust. civ. Mass. 1997, 2001; Cass. civ. sez. lav. 21 agosto 1996 n.7692 in Giust. civ. Mass. 1996, 1200

talché autore della violazione amministrativa e diretto destinatario del provvedimento che irroga la sanzione e ne intima il pagamento può essere solo una persona fisica.

Il sistema sanzionatorio del TUF conferma questa scelta prevedendo la responsabilità diretta, principale e personale delle persone fisiche individuate in base al criterio oggettivo-funzionale. Tuttavia, questa responsabilità viene temperata dalla previsione di una solidarietà passiva in capo all'ente di appartenenza, riprendendo una regola già da tempo consolidata e ritenuta costituzionalmente legittima come principio generale dalla Corte Costituzionale¹⁹⁵.

Nella L. n. 689/81 è stato introdotto, con il quarto comma¹⁹⁶ dell'art. 6, per chi ha pagato, il diritto di regresso per l'intero nei confronti dell'autore della violazione, con l'intento di conciliare le finalità risarcitorie, di soddisfazione del creditore, tipiche del regime di solidarietà, con la funzione afflittiva propria del regime sanzionatorio amministrativo, al quale non può che ripugnare la totale parificazione del soggetto trasgressore con il soggetto che, in ragione di un rapporto civilistico, sia tenuto a pagarne il debito¹⁹⁷. Sembra privilegiare il secondo aspetto la Cassazione, secondo cui “in tema di sanzioni amministrative, la ratio della responsabilità dell'obbligato solidale non è quella di far fronte a situazioni di insolvenza dell'autore della trasgressione, bensì quella di evitare che l'illecito resti impunito quando sia impossibile identificare tale ultimo soggetto e sia invece facilmente identificabile il soggetto obbligato solidale a norma dell'art. 6”.¹⁹⁸

Peraltro la responsabilità solidale della persona giuridica si aggiunge a quella della persona fisica¹⁹⁹, anche se si tratta di una responsabilità distinta da quella dell'autore dell'illecito”²⁰⁰.

¹⁹⁵ Corte Cost., 24 luglio 1995, n.363, in *Giur.cost.*, 1995, I, 2699

¹⁹⁶ Art 6 comma 4, L.n.689/81: “Nei casi previsti dai commi precedenti chi ha pagato ha diritto di regresso per l'intero nei confronti dell'autore della violazione.”

¹⁹⁷ SANDULLI M.A., *Le Sanzioni amministrative pecuniarie*, op. cit., p.127

¹⁹⁸ Cass Civ, sez I, 10 gennaio 1997, n.172 in *Giust. civ. Mass.* 1997, 30

¹⁹⁹ Cass civ sez I 21 luglio 1993, n.8143 in *Giust. civ. Mass.* 1993, 1208; Cass. civ. sez. lav. 3 ottobre 1998 n.9830 in *Giust. civ. Mass.* 1998, 2009

²⁰⁰ Cass civ sez I, 5 luglio 1997, n.6055 in *Giust. civ. Mass.* 1997, 1140

Evidentemente, però, il punto di equilibrio fra le due esigenze segnalate così come raggiunto dalla disciplina generale in tema di illecito amministrativo non è stato dal legislatore ritenuto soddisfacente per lo specifico ambito dell'intermediazione finanziaria, in connessione con il ruolo determinante rivestito in questa materia dal momento afflittivo-repressivo. Infatti, il TUF si è discostato dalla disciplina generale nel rendere coobbligata la società a prescindere dalla tipologia del rapporto intercorrente con il responsabile della violazione, nel non ammettere la prova liberatoria e, soprattutto, nel sostituire al “diritto” di regresso sopra enunciato, un vero e proprio “obbligo” di rivalersi nei riguardi dell'autore dell'illecito per il recupero della somma pagata.

La scelta di differenziazione dalla disciplina generale era già stata compiuta dal legislatore con la legge bancaria (art.87)²⁰¹, confermata dal TUB (art.144)²⁰² e ripresa dal d. lgs. n. 415/96 (art 44 comma 7), che già prevedevano solidarietà e obbligo di regresso.

In riferimento alla ratio delle scelte legislative operate, si ritiene²⁰³ che, per quanto riguarda la previsione della solidarietà, essa sia stata introdotta sia per garantire concretamente il creditore per il pagamento dovutogli dall'autore della violazione, sia per sollecitare, con il suo coinvolgimento, il responsabile solidale ad un congruo esercizio preventivo della vigilanza interna, sia anche, però, per semplificare all'Amministrazione l'individuazione delle singole responsabilità all'interno di una struttura gestionale eventualmente complessa (come può essere, in particolare, nel caso delle SIM).²⁰⁴

Per quanto riguarda, invece, l'obbligo di regresso, esso sembra dettato dalla volontà di assicurare che il peso della sanzione sia sopportato dal soggetto effettivamente imputabile dell'illecito, rendendo ancora più incisiva la responsabilità personale dell'autore dell'infrazione ed aumentando il carattere afflittivo della sanzione. In tal modo si mantiene l'efficacia deterrente e, quindi,

²⁰¹ DESIDERIO, *Le sanzioni amministrative della legge bancaria*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1974, I, p.167, osservava l'inadeguatezza terminologica, per cui si sanciva “l'obbligo di esercitare un diritto”, e lo riteneva un indice dell'intento punitivo privilegiato dal legislatore.

²⁰² CECI-IAPICHINO, *Sanzioni amministrative*, op. cit., in AA.VV. *La nuova legge bancaria*, op. cit., p. 2117; MATTARELLA, *Le sanzioni amministrative*, op. cit., p.713

²⁰³ LAMPONE, *Le sanzioni amministrative*, op. cit., in AA.VV. *Il nuovo diritto societario*, op. cit., p. 629; POSSENTI, *Commento all'art 196*, in RABITTI BEDOGNI, *Il Testo Unico*, op. cit., p.1083

²⁰⁴ Decreto Corte d'Appello di Milano, sez. I Civile, 30 maggio – 5 giugno 2001

preventiva della sanzione nei confronti dei potenziali violatori evitando che questi possano sentirsi scarsamente motivati al rispetto delle regole dalla prospettiva di non essere esposti, di fatto, a pagare le conseguenze della loro inosservanza²⁰⁵. Collateralmente, assume rilievo la necessità di garantire in ogni caso la reintegrazione patrimoniale della società solidalmente responsabile; infatti, l'assenza dell'obbligo di regresso, oltre a vanificare l'obiettivo della sanzione, avrebbe rischiato di menomare il patrimonio della società civilmente responsabile²⁰⁶.

Si deve, infine, notare che l'effettività del meccanismo di regresso è seriamente minacciata dalla circostanza per cui l'obbligo di rivalsa - che configura un dovere di comportamento aggiuntivo ed atipico degli intermediari, chiamati a cooperare con l'amministrazione nel perseguimento delle finalità punitive della sanzione - risulta a sua volta sprovvisto di sanzione.²⁰⁷

²⁰⁵ ROPPO, *Commento all'art 196*, in ALPA G. - CAPRIGLIONE F., *Commentario al Testo Unico*, op. cit., p. 1774

²⁰⁶ CONDEMI, *Commento sub artt 144 e 145 t.u. bancario*, in AA.VV. *Commentario al t.u. delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Capriglione, Padova, 1994, p714

²⁰⁷ CECI-IAPICHINO, *Sanzioni amministrative*, op. cit., in AA.VV. *La nuova legge bancaria*, op. cit., p. 2117, nota 13

3. LA TUTELA GIURISDIZIONALE

3.1 L'evoluzione storica della disciplina.

In passato il controllo giurisdizionale²⁰⁸ sugli atti della Consob avveniva secondo i consueti canoni di riparto della giurisdizione, in forza della tradizionale distinzione fra interessi legittimi e diritti soggettivi.

Dopo l'introduzione del D.lgs. n.415/96 nei confronti degli atti amministrativi (regolamenti, delibere ecc.) si ricorreva al giudice amministrativo, nei confronti dei provvedimenti sanzionatori era legislativamente prevista la possibilità del "reclamo" in unico grado al giudice ordinario specializzato della Corte d'Appello di Roma.

Il Testo Unico della Finanza, nel dettare una rivisitata disciplina della materia del controllo giurisdizionale sui provvedimenti sanzionatori della Consob ("opposizione" alla Corte d'Appello del luogo in cui ha sede la società), aveva confermato l'opzione legislativa di devolvere la cognizione di tali controversie al giudice ordinario.

Il D.lgs. 30 marzo 1998 n. 80, di solo un mese e quattro giorni successivo, andando oltre il tradizionale criterio di riparto della giurisdizione²⁰⁹ fondato sulla dicotomia diritto soggettivo/interesse legittimo e sulla posizione giuridica soggettiva fatta valere, ha stabilito la devoluzione al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva²¹⁰ di "tutte le controversie in

²⁰⁸ Sulla ineludibilità del controllo giurisdizionale sugli atti delle Autorità Indipendenti si veda: CARANTA, *Il giudice delle decisioni delle Autorità indipendenti*, in AA.VV., *I garanti delle regole*, a cura di Cassese e Franchini, Bologna, 1996; CARINGELLA, *Le autorità indipendenti*, in *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2001.

²⁰⁹ Sul riparto di giurisdizione: SCOCA, *Riflessioni sui criteri di riparto delle giurisdizioni*, in *Dir. Proc. amm.*, 1989; CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 1988; NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2000; BARBAGALLO G., *Il nuovo riparto di giurisdizione*, cit., 1471.

²¹⁰ Sulla giurisdizione esclusiva si veda: DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, 1988; FERRARA, *Giurisdizione esclusiva e tutela dei diritti soggettivi non patrimoniali*, in *Dir. Proc. amm.*, 1996, p.73; GIANNINI, *Gli atti amministrativi di adempimento e la giurisdizione esclusiva*, in *Giur. Compl. Cass.civ.*, 1945, p.589; MANGANO, *L'azione di accertamento nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: analisi della giurisprudenza*. In *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini, 1987

materia di pubblici servizi, ivi compresi quelli afferenti al credito, alla vigilanza sulle assicurazioni, al mercato mobiliare" (primo comma dell'art.33²¹¹).

²¹¹ Sulle nuove materie attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, con particolare riguardo all'art. 33 del d.l.vo n. 80/1998: APICELLA E.A., *Il d.lg. n. 80 del 1998 (cd. Bassanini ter). Il parere del Consiglio di Stato e i primi commenti della dottrina*, in *Giust. civ.*, 1998, II, 246; BERTOLAZZI L., *In tema di giurisdizione esclusiva*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 929; BILE F., *Qualche dubbio sul nuovo riparto di giurisdizione*, in *Corr. giur.*, 1998, 1475; CARBONE V., *Sezioni Unite, Adunanza Plenaria, T.A.R. Calabria a confronto sulla nuova giurisdizione esclusiva dopo il d.lgs. n. 80/1998. Il commento*, in *Corr. giur.*, 2000, 604; CASSARINO S., *Novità legislative in tema di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (prime impressioni sugli artt. 33-35 del d.lvo 31 marzo 1998 n. 80)*, in *T.A.R.*, 1998, II, 173. CICIRELLO D., *Il Consiglio di Stato nei provvedimenti cautelari: la quadratura del cerchio?*, in *Urbanistica e appalti*, 2000, 1049. COSSU L., *Osservazioni a pri,a lettura sulla l. 21 luglio 2000 n. 205 (disposizioni in materia di giustizia amministrativa)*, in *Cons. St.*, 2000, II, 1507. DALFINO D., *Art. 33, d.leg. 80/98: la nozione di "pubblici servizi" secondo le sezioni unite*, in *Foro it.*, 2000, I, 2210. DE CAROLIS D., *Prime esperienze giurisprudenziali nelle materie di giurisdizione esclusiva previste dal d.lgs. n.80/1998*, in *Urbanistica e appalti*, 1999, 1165. DE GIORGI CEZZI G., *Processo amministrativo e giurisdizione esclusiva: profili di un diritto in trasformazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 696. DEL GAIZO D., *Brevi considerazioni sugli artt.33, 34 e 35, d. lgs. 31 marzo 1998, n.80*, in *Riv.trim. appalti*, 2000, 206. DELLA VALLE S., *I confini della giurisdizione esclusiva del g.a. in tema di servizi pubblici. Nota*, in *Urbanistica e appalti*, 1999, 175. DE PALMA M., *Giurisdizione esclusiva del g.a. ex art. 33 d.lgs. n. 80/1998 e procedimenti sommari. Il commento*, in *Urbanistica e appalti*, 2000, 52. DI MODUGNO G., *La nuova giurisdizione esclusiva e la prova nel processo amministrativo: prime riflessioni sulla recente riforma*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 13. FOLLIERI E., *Il privato parte resistente nel processo amministrativo nelle materie di cui agli artt. 33 e 34 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80*, e *La tutela nei contratti della Pubblica Amministrazione nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, rispettivamente, 634 e 295. FRACCHIA F., *Giurisdizione esclusiva, servizio pubblico e specialità del diritto amministrativo*, in *Foro it.*, 2000, III, 368. GAROFOLI R., *L'art. 33 d.lgs. n. 80/1998 al vaglio della Cassazione e del Consiglio di Stato. Il commento*, in *Giornale dir. amm.*, 2000, 602. GIACCHETTI S., *La giurisdizione esclusiva ha bisogno di rotaie?*, in *Cons. St.*, 1999, II, 645. LIPARI M., *La nuova giurisdizione amministrativa in materia edilizia, urbanistica e dei pubblici servizi*, in *Urbanistica e appalti*, 1998, 592. MOSCARINI L.V., *Risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi e nuovo riparto di giurisdizione*, cit., 803. MURGIA S., *Giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e garanzia dei diritti del cittadino*, in *Foro amm.*, 2000, 1560. PAJNO A., *La «Giurisdizione» concentrata*, in *Giornale dir. amm.*, 2000, 1043. PIZZA P., *Controversie sui servizi pubblici: l'azione inhibitoria collettiva e la giurisdizione. Il commento*, in *Giornale dir. amm.*, 2000, 983. ROMANO A., *Nota a Cons. Stato, ad. gen., 12 marzo 1998, n. 30*, in *Foro it.*, 1998, III, 350. SCOTTI L., *La giurisdizione del giudice ordinario e quella del giudice amministrativo nel d.lg. n. 80/1998*, in *Doc. giust.*, 1998, 1905. SEMPREVIVA M.T., *Servizi pubblici: al vaglio della Consulta il d.lgs. n. 80/1998*, in *Urbanistica e appalti*, 1999, 739. TARANTINO L., *Note minime in tema di giurisdizione esclusiva e potere cautelare del g.a.*, in *Urbanistica e appalti*, 2000, 358. TRAVI A., *Giurisdizione esclusiva e legittimità costituzionale*, in *Foro it.*, 2000, I, 2399. TRAVI A., *La giurisdizione amministrativa al bivio. Il commento*, in *Giornale dir. amm.*, 2000, 576. VARRONE C., *Le nuove "frontiere" del processo amministrativo: minirivoluzione o razionalizzazione dell'esistente in tema di risarcibilità delle posizioni soggettive nei confronti della Pubblica Amministrazione?*, in *Foro amm.*, 1997, 3362. VENEZIANO S., *Intervento all'incontro di studio "Il sistema della Giustizia Amministrativa dopo il d.lvo n. 80/1998 e la sentenza delle SS.UU. della Corte di cassazione n. 500/1999"*, in *Rass. amm. sic.*, 1999, 1132. VILLATA R., *Prime considerazioni sull'art. 33 del d.lgs. n. 80 del 1998*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 255. VIRGA G., *Le riforme a metà. Prime osservazioni sugli artt. 33-35 del d.lvo 31 marzo 1998, n. 80 ed in particolare sulla possibilità per il Giudice amministrativo di condannare la P.A. al risarcimento del danno ingiusto nelle nuove materie rientranti nella sua competenza esclusiva*, in *Giust. amm. sic.*, 1998, 286.

In seguito, il legislatore (costretto al fine di sanare l'eccesso di delega stigmatizzato dalla Corte Costituzionale²¹²) con l'art. 7 L. n. 205/2000²¹³ ha riscritto detto art. 33 modificandone la precedente formulazione nei seguenti termini "ivi compresi quelli afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare".

Il problema consiste, dunque, nel verificare in primo luogo se l'attività di vigilanza costituisca, almeno in parte, un pubblico servizio ed in secondo luogo se il potere sanzionatorio possa essere considerato parte integrante dell'ampio concetto di vigilanza.

Nonostante dall'ultima modifica normativa siano trascorsi quattro anni, non è a tutt'oggi dato rinvenire una soluzione consolidata del problema del riparto della giurisdizione, né rintracciare una individuazione definitiva di quale sia il giudice legittimato a sindacare le sanzioni amministrative della Consob. Lo stato di incertezza tuttora in essere è evidenziato dall'eloquente dato statistico²¹⁴ che evidenzia come in molti casi l'impugnazione avverso provvedimenti sanzionatori della Consob emessi dopo la riforma del 1998 (e dopo la specificazione di cui alla L. n.205/2000), sia stata, e venga ancor oggi, proposta contemporaneamente sia innanzi all'Autorità giudiziaria ordinaria (rispettivamente le Corti d'Appello per gli esponenti aziendali e i Tribunali per i promotori finanziari) sia al giudice amministrativo (TAR del Lazio). Questo avviene per ragioni di cautela, al fine di evitare improvvise dichiarazioni di difetto di giurisdizione, che, in mancanza di precedente proposizione dell'impugnazione nella sede alternativa, comporterebbero l'impossibilità di proseguire il giudizio davanti al giudice dichiarato "competente".

In tale situazione, pur col radicato dubbio che si tratti di normativa tacitamente abrogata, resta attuale l'analisi della disciplina positiva sul controllo giurisdizionale prevista dal TUF; solo dopo tale esame si riprenderà in

²¹² Corte Cost. 17 luglio 2000 n.292, che ha dichiarato l'art.33 costituzionalmente illegittimo per eccesso di delega.

²¹³ Sulla L. n.205/2000: AA.VV., *Prime considerazioni sulla Legge 205/2000*, in *Sospensive*, 2000, 21362 e ss. ASSISI A., *Legge 21 luglio 2000, n. 205, art. 7 – modifiche al Decreto legislativo n. 80 del 1998 (artt. 33, 34, 35): brevi note a commento e confronto fra vecchio e nuovo testo*, in www.giust.it. CARBONE V., *Il commento*, in *Corr. giur.*, 2000, 1134. CONSOLO C., *Il processo amministrativo fra snellezza e "civilizzazione"*, in *Cass. giur.*, 2000, 1265. MAMELI B., *Il nuovo sistema di riparto delle giurisdizioni "ratione materiae". Nota*, in *Urbanistica e appalti*, 2000, 977. PAGANO A., *Il d.lgs. 80/1998, la Consulta e il legislatore. Nota*, in *Urbanistica e appalti*, 2000, 954. VIRGA G., *I procedimenti abbreviati previsti dalla l. 21 luglio 2000, n. 205*, in www.giust.it.

²¹⁴ Si veda la "Relazione per l'anno 2001" Tavole aVII.1 e aVII.2, p.100

considerazione la questione di quale sia la disciplina applicabile e quale il giudice legittimato al controllo.

3.2 La disciplina prevista dal TUF.

3.2.1 L'impugnazione del provvedimento

La disciplina dettata dall'art. 195²¹⁵ TUF, commi da 4 a 7, per il controllo giurisdizionale che il destinatario del provvedimento promuove con l'opposizione nei confronti del decreto motivato irrogativo della sanzione amministrativa pecuniaria, si diversifica rispetto alla disciplina di riferimento rappresentata dal TUB.

E' ammessa la possibilità di fare "opposizione" contro il provvedimento di applicazione delle sanzioni davanti alla Corte di Appello del luogo in cui ha sede la società o l'ente cui appartiene l'autore della violazione, ovvero, nei casi in cui tale criterio non sia applicabile, nel luogo in cui la violazione è stata commessa.

Emergono subito due differenze fondamentali rispetto alla disciplina dell'art.145 TUB, così come rispetto a quella dell'art.44 comma 3 D.lgs. 415/96 (c.d. decreto Eurosim), costituente l'antecedente normativo del TUF in materia di intermediazione finanziaria. Mentre entrambe queste disposizioni prevedevano il rimedio del "reclamo" e la competenza accentrata ed esclusiva della Corte d'Appello di Roma, l'art.195 TUF, cambiando impostazione, parla di "opposizione", così riportandosi in linea con l'art. 22 L. n. 689/81, e

²¹⁵ 4. Contro il provvedimento di applicazione delle sanzioni è ammessa opposizione alla Corte d'appello del luogo in cui ha sede la società o l'ente cui appartiene l'autore della violazione ovvero, nei casi in cui tale criterio non sia applicabile, nel luogo in cui la violazione è stata commessa. L'opposizione deve essere notificata al Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica e all'autorità che ha proposto l'applicazione della sanzione entro trenta giorni dalla comunicazione del provvedimento e deve essere depositata presso la cancelleria della Corte d'appello entro trenta giorni dalla notifica.

5. L'opposizione non sospende l'esecuzione del provvedimento. La Corte d'appello, se ricorrono gravi motivi, può disporre la sospensione con decreto motivato.

6. La Corte d'appello, su istanza delle parti, può fissare termini per la presentazione di memorie e documenti, nonché consentire l'audizione anche personale delle parti.

7. La Corte d'appello decide sull'opposizione in camera di consiglio, sentito il pubblico ministero, con decreto motivato.

stabilisce una competenza diffusa in unico grado davanti alle Corti d'Appello basata sull'ordinario criterio territoriale.

Per entrambi questi aspetti, le scelte legislative operate nel TUB e acriticamente riprese nel decreto Eurosim, erano state bersaglio di aspre critiche che erano giunte a manifestarsi perfino in forma di seri dubbi di legittimità costituzionale.²¹⁶

La innovativa formulazione dell'art. 195 comma 4 TUF che ha introdotto l'ordinaria competenza territoriale delle Corti d'Appello per le sanzioni in materia di intermediazione finanziaria si è posta al riparo da dubbi di legittimità. Con il risultato, però, di rinforzarli²¹⁷ con riguardo al permanere della competenza esclusiva della Corte d'Appello di Roma a pronunciare sui reclami nei confronti delle sanzioni bancarie, stante la situazione di isolamento

²¹⁶ Fin dall'emanazione del TUB la dottrina più attenta (CASTIELLO, *Incostituzionalità delle sanzioni bancarie*, in *Bancaria*, n.3/1996, p.57), in riferimento agli artt 25 e 3 Cost., che prevedono che nessuno sia distolto dal giudice naturale precostituito per legge ed il principio di uguaglianza, aveva prospettato l'illegittimità dell'art. 145 comma 4, nella parte in cui attribuisce alla Corte d'Appello di Roma la giurisdizione in unico grado. Tra gli studiosi (CASTIELLO, *Incostituzionalità delle sanzioni bancarie*, op. cit., p.57; MATTARELLA, *Le sanzioni amministrative nel nuovo ordinamento bancario*, in Riv. Trim. dir. Pubbl., 1996, p.703) non era neppure mancata qualche preoccupazione circa le pressoché costanti pronunce di rigetto (Per alcuni decenni la giurisprudenza della Corte d'Appello di Roma è stata in larga misura favorevole alla Banca d'Italia e al Ministero del Tesoro, salvo alcune eccezioni: App. Roma, decreto 10 novembre 1994, in *Giur. comm.*, 1997, II, 197, con nota di Fauceglia; App. Roma, decreto 30 novembre 1999, in *Giur. comm.*, 2000, II, 93, con nota di Fauceglia, "Eppur si muove!": qualche novità nella giurisprudenza della Corte d'Appello di Roma in tema di sanzioni irrogate ad esponenti bancari) dei reclami promossi contro le sanzioni bancarie, essendo derivata da tale constatazione l'impressione di una sorta di "cattura" (BANI E., *Il potere sanzionatorio delle Autorità Indipendenti: spunti per un'analisi unitaria*, Torino, Giappichelli, 2000, p.149. Il tema del rapporto tra autorità indipendente e giudice è di carattere generale e non solo italiano: si veda, per una panoramica su tali rapporti negli Stati Uniti, D'ALBERTI, *Autorità indipendenti*, in Enc. Giur., Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 1995, IV, p.7) psicologica del giudice "romano" chiamato a pronunciarsi sul reclamo da parte dell'Autorità che irrogava la sanzione. Tuttavia la Corte di Cassazione (Cass. Civ., sez. I, 26 giugno 1997, n.532 (ord) in Giust. civ. Mass. 1997, 1059, pubblicata in G.U., serie I speciale, n. 41 8 ottobre 1997, 48) ha ritenuto manifestamente infondata tale questione di legittimità costituzionale, richiamando le argomentazioni già in precedenza espresse (Cass. Civ., 25 maggio 1994, n. 5107 in Foro it. 1995, I, 2953) che si riferivano all'esigenza di assicurare un consolidato indirizzo unitario della giurisprudenza, attesa la specificità della materia, e tenendo conto, in un contesto particolarmente delicato, delle ragioni di interesse pubblico legate alla omogeneità delle decisioni. Dalla medesima Corte veniva, poi, valutata favorevolmente l'istituzione di un Foro unico, al contempo più agevole per la pubblica amministrazione e maggiormente qualificato per la composizione collegiale, la più matura esperienza e la specializzazione sviluppata nella materia.

²¹⁷ CASTIELLO, *Nuovi aspetti problematici del contenzioso in materia di sanzioni bancarie*, in *Bancaria*, n.1/1999, p.35

in cui è venuta a trovarsi una previsione così particolare come quella dell'art.145 TUB.

Per quanto riguarda la nuova denominazione (“opposizione”) dell'atto introduttivo del giudizio, essa non sembra il risultato di mutamenti di sostanza, ma appare piuttosto come espressione di ulteriore coerenza formale con il termine utilizzato dalla L. n. 689/81, che all'art. 22 disciplina l’”opposizione” alla ordinanza-ingiunzione di pagamento. Non muta quindi la natura del giudizio che viene promosso con l’opposizione, che rimane di tipo camerale-contenzioso (artt. 737 e ss. c.p.c.), del quale presenta tutti i caratteri sia formali sia sostanziali: l'introduzione del giudizio con ricorso, la fissazione di termini per la presentazione di memorie e documenti, la possibilità dell’audizione anche personale delle parti, l'intervento del Pubblico Ministero e, infine, la decisione in camera di consiglio (commi 6 e 7). Nella prassi applicativa questi elementi hanno consentito alla fase giurisdizionale relativa all’opposizione contro i provvedimenti di applicazione delle sanzioni, per un verso, di soddisfare le esigenze di semplificazione ed accelerazione proprie di tale schema procedurale e, per altro verso, di garantire che i diritti di cui sono titolari i sanzionati possano venire dedotti in un processo a cognizione piena.²¹⁸

L'art. 195, con il devolvere la competenza a conoscere delle opposizioni in argomento, in un unico grado di merito, alle Corti d'Appello, ribadisce, quindi, la deroga alle disposizioni generali dettate in materia di illeciti amministrativi dalla L. n. 689/81, giustificata dal “carattere di indubbia specialità delle norme del TUF”²¹⁹. Conferma, inoltre, la previsione di un rimedio giurisdizionale speciale di natura camerale (con conseguente applicabilità dell'art. 738 c.p.c.), in relazione al quale si è dimostrata manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale con riferimento all'art. 24 Cost., dal momento che la disciplina così delineata risulta del tutto idonea a garantire il contraddittorio tra le parti, nonché il rispettivo diritto di difesa, essendo alle parti pienamente assicurata la possibilità di far valere le loro ragioni.²²⁰

²¹⁸ CONDEMI, *Commento all'art. 195*, in RABITTI BEDOGNI, *Il Testo Unico dell'intermediazione finanziaria*, Milano, 1998, p.1074

²¹⁹ Corte Cost., 4 marzo 1999, n. 49 in Giur. cost. 1999, 647 con nota di D'Elia

²²⁰ Corte Cost., 23 dicembre 1989, n.573 in Foro it. 1990, I, 365; 14 dicembre 1989, n.543 in Foro it. 1990, I, 366; 30 giugno 1988, n.748 in Giur. cost. 1988, I, 3439

Per quanto riguarda la natura del giudizio di opposizione, esso è strutturalmente un ordinario giudizio civile, salvo alcune particolarità che hanno indotto alcuni a ritenerlo un giudizio speciale di impugnazione dell'atto sanzionatorio. La tesi oggi dominante²²¹ attribuisce a tale giudizio la natura di accertamento negativo rispetto alla pretesa sanzionatoria, pur avendo come oggetto immediato l'impugnazione dell'atto.²²² Di recente la Suprema Corte ha ribadito che ogni opposizione avverso ordinanze-ingiunzioni di pagamento di somme a titolo di sanzioni amministrative – e dunque anche l'opposizione ex art. 195 d.lgs.58/98– introduce un giudizio di accertamento della pretesa sanzionatoria i cui limiti sono rigorosamente segnati dai motivi dell'opposizione²²³.

Dopo avere dettato i criteri per la determinazione della competenza per territorio, la norma in esame, nella seconda parte del comma 4, individua le controparti del procedimento, stabilendo che l'opposizione debba essere notificata tanto al Ministero dell'Economia e delle Finanze, quanto alla Consob. Il termine per le notifiche è stabilito in 30 giorni dalla comunicazione del provvedimento sanzionatorio, con successivo termine di 30 giorni, decorrenti dall'ultima notifica, per il deposito presso la cancelleria della Corte d'appello competente del ricorso in opposizione notificato. A quel punto la Corte, nominato il relatore e stabilita la data dell'udienza di trattazione, fissa con ordinanza il termine per la presentazione di memorie e documenti; ove richiesto, dispone l'audizione anche personale delle parti.

Si noti che la notifica dell'atto di opposizione deve avvenire direttamente presso la sede dell'ente che ha emesso l'ordinanza e non presso l'Avvocatura dello Stato²²⁴. Infatti la previsione di cui all'art. 195 TUF, in base alla quale l'opposizione deve essere notificata al Ministero del Tesoro e all'Autorità che ha proposto l'applicazione della sanzione, e la correlata disposizione dell'art. 23, secondo comma, L. n. 689/1981, secondo la quale l'opposizione al provvedimento sanzionatorio deve essere notificata all'Autorità che ha emesso l'ordinanza, rappresentano deroghe alla previsione

²²¹ CERBO P. *Le sanzioni amministrative*, Giuffrè, Milano, 1999, p.275

²²² Cass., sez. I, 23 settembre 1994, n.7832, in *Giust. Civ.*, Mass., 1994, 1140

²²³ Cass. 18 febbraio 2000, n. 1857

²²⁴ Corte d'Appello di Milano, sez. I Civ., decreto 19 settembre-23 ottobre 2001, in *Bollett. Consob* novembre 1 2001

generale di cui all'art. 11 del R.D. n. 1611/33, sulla notifica degli atti all'Avvocatura dello Stato. La giurisprudenza concorde della Cassazione²²⁵ si è espressa in questi termini, sulla base del rilievo che l'Autorità amministrativa che ha emesso il provvedimento opposto è dotata a tal fine di una specifica autonomia funzionale all'irrogazione della sanzione ed è direttamente legittimata a resistere all'azione intrapresa dall'ingiunto, cosicché, ove si tratti di un'amministrazione dello Stato, si determina la menzionata deroga alla norma dell'art. 11 RD 30.10.1933 n. 1611, essendo invece legittima e dovuta la notifica diretta presso la sede dell'ente che ha emesso l'ordinanza.

3.2.2 La legittimazione ad agire

L'art.195 TUF, non facendo menzione dei soggetti legittimati a proporre opposizione, rende necessario il riferimento alla regola generale di cui all'art. 22 L. n. 689/81, ai sensi della quale contro una sanzione amministrativa pecuniaria possono ricorrere tutti gli "interessati".²²⁶

La Cassazione limita costantemente tale categoria ai soli "soggetti in concreto destinatari del provvedimento sanzionatorio"²²⁷, affermando specificamente che "l'autore della violazione non è legittimato ad impugnare l'ingiunzione di pagamento della sanzione pecuniaria, qualora egli non ne sia destinatario"²²⁸.

Secondo la Suprema Corte, l'interesse oppositivo "giustiziabile", non è un qualsiasi interesse di fatto (cosa che renderebbe inevitabilmente incerti i confini soggettivi sia della dovuta contestazione sia della possibile opposizione), ma l'interesse giuridico alla rimozione del provvedimento di cui l'opponente sia destinatario²²⁹.

²²⁵ Cass. civ. sez. I, 22 marzo 1995, n. 3309 in Giust. civ. Mass. 1995, 662; 21 maggio 1999 n. 4949 in Giust. civ. Mass. 1999, 1126; 13.12.2000 n. 15747

²²⁶ CERBO P. *Le sanzioni amministrative*, op. cit., p.280

²²⁷ Cass. Civ.,sez. lav. 4 febbraio 1998, n.1144 in Giust. civ. Mass. 1998, 239

²²⁸ Cass. Civ., sez. I, 30 giugno 1997, n.5833 in Giust. civ. Mass. 1997, 1087

²²⁹ Cass.Civ., sez. I, 11 gennaio 1995, n.254, in Foro it., Rep., 1995, n.79; 22 luglio 1996, n.6573, in Giust. Civ., Mass., 1996, 1026; 11 dicembre 1997, n.12515 in Giust. civ. Mass. 1997, 2358; 28 luglio 2000, n.9975

Ora, nello specifico caso del TUF si pone il problema dell'identificazione dei soggetti "destinatari" del provvedimento sanzionatorio, dal momento che i decreti del Ministero dell'Economia e delle Finanze infliggono la sanzione alle singole persone fisiche responsabili (in ossequio al principio di personalità²³⁰), ma ne ingiungono il pagamento, con obbligo di regresso, alla società di appartenenza (in ossequio al principio della responsabilità solidale²³¹).

Per la Corte d'Appello di Milano²³² è pacifico che la regola della responsabilità solidale tra la persona fisica autore della violazione e la persona giuridica coobbligata al pagamento della sanzione consente all'Amministrazione di agire indifferentemente, per soddisfare la sua pretesa, contro l'uno o l'altro o tutti gli obbligati (purchè abbiano ricevuto regolare contestazione ed abbiano potuto presentare le loro difese). Emessa ordinanza-ingiunzione contro uno od alcuno soltanto dei soggetti corresponsabili, la legittimazione all'opposizione appartiene ai soli soggetti in concreto "destinatari" del provvedimento sanzionatorio. Secondo la Corte, la scelta di rivolgere l'ordinanza-ingiunzione alla sola persona giuridica solidalmente coobbligata, dettata da ragioni di semplificazione, autorizza l'Amministrazione sanzionatrice ad una discrezionale, non censurabile, "strategia" di contestazione e di riscossione. Questo contesto normativo sarebbe allora radicalmente smentito ove si consentisse l'opposizione contro l'ordinanza-ingiunzione anche a soggetti che, per consapevole scelta dell'Amministrazione, non ne siano destinatari.

Questa impostazione trova conforto nella giurisprudenza della Corte di Cassazione che ha più volte affermato che il vincolo di solidarietà passiva con il destinatario del provvedimento di per sé non legittima all'impugnazione chi non ne sia destinatario, attesa "l'autonomia delle posizioni soggettive dei

²³⁰ vedi par.2.3.3

²³¹ vedi par.3.8

²³² Corte d'Appello di Milano, sez. I Civ., decreto 30 maggio-5 giugno 2001; ma vedi anche la recente Cass. 19 aprile 2000, n.5085, che afferma la legittimazione dell'autore della violazione, che, nel caso di specie, ha ricevuto personale notifica dell'ingiunzione.

soggetti obbligati in solido e l'assenza di litisconsorzio necessario nelle obbligazioni solidali"²³³.

Alla luce di quanto detto, si deve constatare che la giurisprudenza di merito²³⁴ ha ritenuto di adottare, per l'identificazione del soggetto destinatario del provvedimento, conseguentemente legittimato all'opposizione, il criterio formalistico della notificazione. In altre parole, per verificare chi sia il destinatario dell'ordinanza-ingiunzione si bada esclusivamente al momento di ricezione della notificazione tanto delle contestazioni degli addebiti, quanto del provvedimento sanzionatorio; rimane, pertanto, del tutto indifferente a chi sia stato ingiunto il pagamento della sanzione pecuniaria.

Questo criterio formalistico è confermato dal rilievo che, ove si fosse stabilito di far coincidere i soggetti in concreto destinatari del provvedimento sanzionatorio con quelli nei confronti dei quali il pagamento della sanzione fosse stato effettivamente ingiunto, sarebbero risultate legittimate attive soltanto le società. Al contrario, in una particolare decisione²³⁵, la Corte d'Appello di Milano ha concluso per la sussistenza, in capo a ciascuno degli esponenti aziendali, di un interesse effettivo ed attuale, giuridicamente rilevante, all'accertamento negativo dei presupposti degli illeciti accertati nel provvedimento loro contestato. Nella fattispecie concreta, risultava, infatti, che l'interesse dei singoli era stato positivamente valutato dall'Autorità amministrativa e ritenuto non di mero fatto, bensì giuridicamente rilevante, perché ciascuno dei singoli esponenti era stato identificato come destinatario dell'accertamento e della contestazione ed a ciascuno di loro erano state notificate tanto le contestazioni amministrative, quanto il provvedimento sanzionatorio, con cui era stato ingiunto alla società il pagamento delle sanzioni inflitte.

²³³ Cass.Civ., sez. I, 11 gennaio 1995, n.254, in Foro it., Rep., 1995, n.79; 22 luglio 1996, n.6573, in Giust. Civ., Mass., 1996, 1026; 11 dicembre 1997, n.12515 in Giust. civ. Mass. 1997, 2358; 28 luglio 2000, n.9975;

Del tutto isolata, in senso contrario, è rimasta Cass.civ. sez.I, 17 gennaio 1998, n. 415 in Foro it. 1998, I, 790, che si fonda sull'unico argomento del rischio, in realtà insussistente, di pronunce contraddittorie; la recente Cass. 19 aprile 2000, n.5085, citata come ulteriore precedente contrario, si limita ad affermare ovviamente la legittimazione dell'autore della violazione, che, nel caso di specie, ha ricevuto personale notifica dell'ingiunzione

²³⁴ Corte d'Appello di Milano, sez. I Civ., decreto 30 maggio-5 giugno 2001

²³⁵ Corte d'Appello di Milano, Sez. I Civ., decreto 14 settembre 2001 – 21 settembre 2001

3.2.3 La tutela cautelare

Essenziale al giudizio a cognizione piena è la previsione della tutela cautelare. Ricalcando l'omologa previsione contenuta nell'art.22²³⁶ L. n. 689/81, il comma 5 dell'art.195²³⁷ prevede esplicitamente che, nel settore dell'intermediazione finanziaria, la Corte d'Appello chiamata a giudicare sull'opposizione nei confronti del provvedimento sanzionatorio, possa sospenderne l'esecuzione se ricorrono "gravi motivi".

Ci si deve chiedere se tale specifico rimedio cautelare sia l'unico attivabile. Una giurisprudenza²³⁸ chiamata a stabilire se in materia bancaria fosse ammissibile la possibilità di ricorso a rimedi cautelari atipici e residuali, come quello prestato dall'art. 700 c.p.c., avendo ritenuto applicabile, in assenza di analoga disposizione in materia bancaria, la previsione di cui all'art. 22 L. n. 689/81, ha ritenuto di dover escludere tale possibilità e questo sul rilievo che la situazione di pericolo deducibile era comunque ricompresa in uno dei pericoli tipicamente fissati dalla legge e neutralizzabile con la misura di tutela tipica prevista dal citato art.22.

Sulla base dello stesso rilievo, è da confermarsi anche nella materia della intermediazione finanziaria che, essendo stabilita nel comma 5 dell'art.195 una misura tipica di tutela cautelare, non può farsi ricorso nella materia in esame a quella atipica dell'art.700 c.p.c.. Tale norma, del resto, prevede un rimedio anticipatorio (che può consistere nell'emanazione dei diversi provvedimenti che di volta in volta risultino necessari) con riferimento a dei presupposti e ad una situazione di pericolo ("fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente ed irreparabile") del tutto estranei alla particolare esigenza di tutela cautelare riferita all'infrazione di una sanzione amministrativa da parte della Consob. La tutela specifica del comma 5 dell'art.195 TUF, che può intervenire solo in presenza di "gravi motivi" ed è stata legalmente individuata nell'unico rimedio della sospensione degli effetti del decreto

²³⁶ Art.22 comma 5: "L'opposizione non sospende l'esecuzione del provvedimento, salvo che il giudice, concorrendo gravi motivi, disponga diversamente con ordinanza inoppugnabile."

²³⁷ Art.195 comma 5: "L'opposizione non sospende l'esecuzione del provvedimento. La Corte d'appello, se ricorrono gravi motivi, può disporre la sospensione con decreto motivato."

²³⁸ Corte d'Appello di Roma, ord. 22 maggio-20 giugno 1997

sanzionatorio, appare piuttosto assimilabile al rimedio cautelare fisiologico del processo amministrativo: la sospensione del provvedimento impugnato²³⁹.

Detta tutela, con riferimento alla tradizionale distinzione²⁴⁰ tra misure cautelari "anticipatorie" e misure cautelari "conservative", è da inquadrarsi nell'ambito delle seconde e questo in quanto essa non mira ad anticipare la soddisfazione del diritto, bensì ad impedire che la situazione di fatto si modifichi durante la pendenza del processo diretto ad ottenere l'annullamento del provvedimento sanzionatorio²⁴¹.

L'adozione dell'ordinanza di sospensione dell'esecuzione del provvedimento opposto, attesa l'inderogabilità del principio del contraddittorio di cui all'art. 101 c.p.c., richiede la presenza di tutte le parti costituite. L'istanza di sospensione, che può essere formulata contestualmente con il ricorso in opposizione o dopo la presentazione di esso nel corso del giudizio con autonomo atto, deve contenere adeguata dimostrazione della sussistenza della gravità dei motivi.²⁴²

Si pone la questione della ammissibilità del "riesame" del decreto motivato che disponga la sospensione dell'esecuzione del provvedimento sanzionatorio, ovvero che la neghi. Rilevato in via generale che nel sistema della giustizia amministrativa anche per la tutela cautelare è previsto un doppio grado di giudizio (TAR e Consiglio di Stato), venendo al campo specifico si osserva che, mentre la previsione generale dell'art. 22 ultimo comma L. n. 689/81 dichiara "inoppugnabile" l'ordinanza di sospensione della ordinanza-ingiunzione, il comma 5 dell'art. 195 TUF nulla dispone al riguardo.

La dottrina²⁴³ ha affermato la reclamabilità del decreto relativo all'istanza di sospensione prevista da quest'ultima norma sul rilievo che la legge 26 novembre 1990 n.353, che ha anteposto alla disciplina delle singole misure cautelari tipiche ed atipiche una sezione intitolata "dei procedimenti cautelari in

²³⁹ Sulla tutela cautelare nel processo amministrativo vedi TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 1999, p.232; NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit.

²⁴⁰ CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, p.55 ss.

²⁴¹ PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1994, p.643 ss.

²⁴² PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, op. cit., p.225

²⁴³ CONDEMI, *Commento all'art.195*, op. cit., in RABITTI BEDOGNI, *Il Testo Unico*, op. cit., p. 1077

generale" (dall'art. 669-bis all'art. 669-quaterdecies), si applica "in quanto compatibile, agli altri provvedimenti cautelari previsti dal codice civile e dalle leggi speciali". Dalle disposizioni generali del sistema processuale cautelare, in particolare dal comma 1 dell'art. 669-terdecies, si desume che sono suscettibili di reclamo sia l'ordinanza con la quale sia stato concesso un provvedimento cautelare sia l'ordinanza con cui sia stata rigettata la domanda di tale provvedimento.

In particolare, ai sensi del comma 2 dell'art. 669-terdecies il reclamo sarà proponibile ad altra sezione della stessa Corte d'Appello o, in mancanza, alla Corte d'Appello più vicina.

3.3 La ricorribilità per Cassazione

L'art. 23 ultimo comma L. n. 689/81 dispone che la decisione venga assunta con "sentenza inappellabile, ma ricorribile per Cassazione". Diversamente, il comma 7 dell'art.195 TUF prevede che il giudizio in unico grado dinanzi la Corte d'Appello si concluda con "decreto motivato".

Entrambi i modelli procedurali prevedono, quindi, l'inappellabilità della decisione. I sospetti di illegittimità costituzionale al riguardo avanzati sono stati risolti negativamente dalla Corte Costituzionale²⁴⁴, che ha giudicato tale scelta legislativa conforme ai parametri costituzionali indicati negli articoli 3, 24 e 25 Cost., visto che essa è giustificata dalle peculiari esigenze di celerità del procedimento relativo agli illeciti amministrativi²⁴⁵ e che la soppressione di un grado del giudizio di merito non pregiudica il diritto di difesa dei soggetti sanzionati.²⁴⁶ Il rilievo è, infatti, che nessuna norma della Carta fondamentale ha costituzionalizzato il doppio grado di giudizio per il processo civile, né in generale né con riferimento al sindacato su misure punitive²⁴⁷.

Il procedimento speciale in materia di intermediazione finanziaria differisce da quello generale regolato dalla L. n. 689/81, in conseguenza del

²⁴⁴ Corte cost. 20 luglio 1995 n. 336 in Giur. cost. 1995, I, 2552

²⁴⁵ Cass. SS.UU., 22 novembre 1991 n. 12584 in Giust. civ. Mass. 1991, fasc. 11

²⁴⁶ Cass. Civ., sez. I, 14 marzo 1990, n.2094 in Giust. civ. Mass. 1990, fasc. 3

²⁴⁷ CERBO P. *Le sanzioni amministrative*, op. cit., p.313

diverso tipo di decisione da adottarsi (decreto/sentenza), per quanto attiene alla ricorribilità per Cassazione del provvedimento conclusivo del giudizio di opposizione: avverso la “sentenza” del Tribunale²⁴⁸ (prima del Pretore) è ammesso il ricorso ordinario, mentre per il “decreto” camerale della Corte d’Appello è esperibile il solo ricorso straordinario. Quest’ultimo, infatti, in diretta applicazione dell’art. 111²⁴⁹ comma 7²⁵⁰ Cost. deve essere sempre ammesso, in caso di violazione di legge, contro ogni provvedimento giurisdizionale che, indipendentemente dalla sua forma, abbia un contenuto decisorio assimilabile alla sentenza.

La differenza in merito alla tipologia di ricorso esperibile (ordinario o straordinario) si riverbera sui motivi di ricorso deducibili.

Nel procedimento previsto dalla L. n. 689/81 il ricorso per Cassazione è ammesso per tutti i motivi indicati nei nn. da 1 a 5 dell’art. 360 c.p.c.: per motivi attinenti alla giurisdizione, per violazione delle norme sulla competenza, quando non è prescritto il regolamento di competenza, per violazione o falsa applicazione di norme di diritto, per nullità della sentenza o del procedimento, per omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia, prospettato dalle parti o rilevabile d’ufficio.

Nel procedimento in esame, invece, il ricorso straordinario ai sensi dell’art. 111 comma 7 Cost., è ammesso solo per violazione di legge; pertanto il ricorrente potrà denunciare esclusivamente la violazione delle disposizioni procedurali dell’art.195 TUF e di quelle sostanziali concernenti la configurazione della fattispecie di infrazione contestata e la misura della sanzione. Inoltre, secondo l’insegnamento delle Sezioni Unite della Cassazione,

²⁴⁸ L’art. 22, così come modificato dall’art. 97 del d. lgs. 30 dicembre 1999 n.507, dispone che “ *gli interessati possono proporre opposizione davanti al giudice del luogo in cui è stata commessa la violazione individuato a norma dell’art. 22 bis* ” (a sua volta aggiunto dall’art. 98 del medesimo decreto legislativo), che prevede che “ *l’opposizione di cui all’art. 22 si propone davanti al giudice di pace. L’opposizione si propone davanti al tribunale quando la sanzione è stata applicata per una violazione concernente disposizioni*” nelle materie indicate dallo stesso art. 22-bis fra le quali si segnala in particolare la lettera f) “ *in materia di società e di intermediari finanziari* ”. L’opposizione si propone altresì davanti al tribunale se per la violazione è prevista una sanzione pecuniaria superiore a lire 30 milioni; quando è stata applicata una sanzione di natura diversa da quella pecuniaria, sola o congiunta a quest’ultima.

²⁴⁹ “Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge.”

²⁵⁰ Ex comma 2, divenuto comma 7 con la legge costituzionale 23 novembre 1999, n.2

il motivo di cui al n. 5 dell'art. 360 c.p.c. trova applicazione solo negli stretti limiti di vizi radicali della motivazione, quali la sua omissione o apparenza, in sé non idonee a consentire il controllo delle ragioni che stanno a base della decisione; resta, quindi, esclusa in sede di ricorso straordinario ogni verifica sulla sufficienza e razionalità della motivazione medesima in raffronto con le risultanze probatorie²⁵¹.

Infatti laddove in precedenza²⁵² vi era piena equiparazione tra ricorso ordinario e ricorso straordinario per Cassazione, con una celebre decisione del 1992 le Sezioni Unite²⁵³ hanno escluso in quest'ultimo la possibilità dell'esame dei vizi di motivazione.

Il ricorso ordinario, con la denuncia del vizio logico della sentenza impugnata, offre alle parti uno strumento di tutela che va oltre la garanzia minima assicurata dalla Costituzione, consentendo il confronto del contenuto della motivazione con le risultanze del processo.

Tutto questo non può avvenire con il mezzo del ricorso straordinario, direttamente collegato all'art. 111 comma 7 Cost., che non recepisce né costituzionalizza la disciplina del ricorso per Cassazione dettata per il processo civile, con il quale il vizio della motivazione potrebbe essere denunciato nei limiti in cui questa è dovuta per ogni provvedimento giurisdizionale. La funzione oggettiva del ricorso per Cassazione esige che, in sede di ricorso straordinario per violazione di legge, le censure di inosservanza dell'obbligo di motivazione siano da ammettere solo in quanto esse riguardino l'esistenza della motivazione in sé e non laddove si estendano ai vizi di contraddittorietà che risultino dal confronto con gli atti del processo; infatti, nella garanzia minima voluta dal costituente è da ricomprendere esclusivamente il difetto assoluto di motivazione, nozione in cui rientra non solo la mancanza materiale e grafica dei motivi, ma anche l'esposizione inidonea a rilevare la ratio decidendi della sentenza, cioè i "casi di motivazione apparente, di contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili, di motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile".²⁵⁴

²⁵¹ Cass., SS.UU., 16 settembre 1992 n. 10598 in Giust. civ. Mass. 1992, fasc. 8 e 9

²⁵² Cass., 30 luglio 1953, n.2593, in Foro it., 1953, I, 1248

²⁵³ Cass., SS.UU., 16 maggio 1992, n. 5888, in Foro it., 1992, I, 1737, con nota di Barone

²⁵⁴ Cass., 7 aprile 1993, n. 4146, in Giur. It., 1994, I, 805

Ora, la evidenziata differenza di motivi deducibili con il ricorso per Cassazione, da un lato negli ordinari giudizi in materia civile e in quelli di opposizione contro i provvedimenti di erogazione di sanzioni amministrative ai sensi della L. n. 689/81, dall'altro nei procedimenti speciali disciplinati dall'art.145 TUB e dall'art.195 TUF, ha sollevato dubbi di costituzionalità²⁵⁵ sulla base del rilievo che ne risulterebbero ridotte le garanzie di difesa e si determinerebbe una disparità di trattamento che ad alcuni è apparsa non giustificata.

La Corte Costituzionale²⁵⁶ ha ritenuto non fondati tali dubbi ed ha statuito che rientra nella discrezionalità del legislatore, esercitata in limiti ragionevoli, modellare i procedimenti per l'applicazione delle sanzioni amministrative e disciplinare l'esercizio della tutela giurisdizionale²⁵⁷, che è necessario prevedere nei confronti di tali provvedimenti. Secondo la Corte, la procedura sanzionatoria in materia bancaria e creditizia ha carattere di specialità rispetto a quella che riguarda le altre violazioni punite con una sanzione amministrativa pecuniaria, espressamente prevista come disciplina comune, ma derogabile, dall'art. 12 L. n. 689/81. La particolarità della materia e la specialità dei controlli e delle procedure previsti in tale settore sono quindi tali da giustificare, in continuità con la precedente disciplina (art. 90 R.d.l. n. 375/36) la scelta del legislatore di mantenere con carattere di specialità anche la procedura sanzionatoria amministrativa relativa alla repressione delle infrazioni e di assicurare la tutela giurisdizionale secondo il rito camerale, con i conseguenti limiti quanto alla impugnabilità della decisione assunta con decreto motivato²⁵⁸.

Confrontando questa soluzione riferita alla materia bancaria con le disposizioni del TUF, la problematica sembra aggravata dalla presenza della norma (art.196) che prevede le sanzioni applicabili ai promotori finanziari. Quest'ultima, al comma 3, richiama come applicabili le disposizioni della L. n. 689/81, ad esclusione del solo art.16 (pagamento in misura ridotta). Tale

²⁵⁵ CASTIELLO, *Incostituzionalità delle sanzioni bancarie*, op. cit., p.57; Cass. Civ., sez. I, ord. 26 giugno 1997, n.532, pubblicata in G.U., serie I speciale, n. 41, 8 ottobre 1997, 48

²⁵⁶ Corte Cost., 4 marzo 1999, n. 49 in Giur. cost. 1999, 647 con nota di D'Elia

²⁵⁷ Corte Cost., 3 aprile 1996 n. 94 in Giur. it. 1997, I, 91 e 24 novembre 1992 n.471 in Giust. civ. 1993, I, 6; ord. 28 dicembre 1998 n.448 in Giust. civ. 1999, I, 1281 con nota di Izzo e ord. 18 luglio 1998 n. 305 in Giur. cost. 1998, 2292

²⁵⁸ Corte Cost., 4 marzo 1999, n. 49 in Giur. cost. 1999, 647 con nota di D'Elia

richiamo, unito al fatto che l'art.196 è successivo e quindi esterno rispetto all'art.195 che disciplina la procedura applicabile agli articoli che lo precedono (da 188 a 194), porta a concludere che per i promotori finanziari si applichi la diversa procedura generale contenuta negli artt. 22 e 23 L. n. 689/81. Questo comporta che, avverso la sanzione amministrativa pecuniaria irrogata nei loro confronti, i promotori finanziari si debbano rivolgere al Tribunale (in precedenza al Pretore) e non alla Corte d'Appello. Il Tribunale decide con sentenza inappellabile, ma ricorribile per Cassazione per tutti i motivi di cui all'art.360 c.p.c. nn. da 1 a 5, mentre contro il decreto motivato della Corte d'Appello emanato ai sensi dell'art.195 comma 7 TUF è ammesso solo il ricorso straordinario a norma dell'art. 111 comma 7 Cost., con le conseguenti limitazioni in ordine ai motivi deducibili.²⁵⁹

In questo caso la disparità di trattamento non si manifesta solo in confronto con gli ordinari giudizi in materia civile e con quelli di opposizione contro i provvedimenti di erogazione di sanzioni amministrative ai sensi della L. n. 689/81, ma anche all'interno dello stesso Testo Unico tra due disposizioni contigue, artt. 195 e 196.

Tuttavia la sentenza della Corte Costituzionale²⁶⁰, oltre a risolvere i problemi relativi alla diversa disciplina tra l'art. 145 TUB ed il procedimento generale delle sanzioni amministrative previste dagli articoli 22 e 23 L. n. 689/81, è tale da prevenire ulteriori questioni di costituzionalità che possano sorgere dal rilievo di una disparità di trattamento tra l'art. 195 e l'art. 196 TUF, avendo ribadito la legittimità delle diverse opzioni normative adottate dal legislatore sulla base del criterio di specialità.²⁶¹

3.4 La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo

L'evoluzione storica subita dalla normativa induce ad esaminare le problematiche innescate dall'entrata in vigore dell'art.33 D.lgs. n.80/98 che ha stabilito la devoluzione al giudice amministrativo in sede di giurisdizione

²⁵⁹ CARBONE V., *Le sanzioni amministrative dal testo unico bancario a quello sui mercati finanziari*, in *Danno e Resp.*, n.4/1999, p.414

²⁶⁰ Corte Cost., 4 marzo 1999, n. 49 in *Giur. cost.* 1999, 647 con nota di D'Elia

²⁶¹ CARBONE V., *Le sanzioni amministrative*, *op. cit.*, p.414

esclusiva di “tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ivi compresi quelli afferenti al credito, alla vigilanza sulle assicurazioni, al mercato mobiliare”.

La devoluzione ha quindi riguardato settori, quali il credito, le assicurazioni ed il mercato mobiliare, la cui regolazione è affidata ad Autorità indipendenti (rispettivamente la Banca d'Italia, l'Isvap e la Consob). In realtà, in materia di controversie concernenti gli atti delle altre Autorità indipendenti già nell'assetto normativo antecedente a tale decreto legislativo il riparto di giurisdizione vedeva la netta prevalenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (o del giudice ordinario nel caso del Garante per la privacy) secondo la logica del blocco di materie e a prescindere dalla natura della posizione sostanziale. Questa scelta era stata dettata dalla necessità di consentire al giudice amministrativo un sindacato giurisdizionale più pieno di quello che sarebbe stato per esso possibile qualora avesse agito soltanto in sede di legittimità, con esercizio del solo potere di annullamento.

Passando in rassegna le diverse previsioni circa il controllo giurisdizionale sugli atti delle varie Autorità indipendenti, si osserva che l'art. 33 comma 1 L. n. 287/90 aveva già attribuito la giurisdizione esclusiva al giudice amministrativo (precisamente del TAR Lazio in primo grado) sugli atti del Garante della Concorrenza, anche se era stato affidato al giudice ordinario il contenzioso in tema di risarcimento del danno per le nullità degli accordi anticoncorrenziali, nonché in tema di poteri di urgenza. Uguale scelta di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo era stata compiuta per l'Autorità dell'energia elettrica e del gas, con determinazione della competenza territoriale del TAR del luogo in cui ha sede l'Autorità²⁶² (L. n.481/95); per l'Autorità delle telecomunicazioni (art.26 comma 1L. n.249/97); per il Garante dei lavori pubblici (art. 4 comma 7 della legge Merloni L. n. 109/94, come modificato dalla Merloni-ter L. n. 415/98). Per il contenzioso sugli atti del Garante dei dati personali, stante il carattere interprivato di esso, con la L. n. 675/1996 (art. 29 ultimo comma) è stata invece prevista la giurisdizione esclusiva del giudice ordinario.

L'innovazione riguarda, quindi, le sopra menzionate Isvap, Banca d'Italia e Consob innanzitutto sotto il profilo che, in relazione alle controversie sugli atti di tali Autorità fin qui già affidate alla giurisdizione amministrativa di

²⁶² Trattasi del TAR della Lombardia proprio in considerazione della fissazione della sede a Milano

sola legittimità in tema di interessi legittimi, ora, in conseguenza del sopravvenuto carattere esclusivo di tale giurisdizione, il sindacato risulta divenuto molto più penetrante alla luce dei nuovi poteri istruttori (es.consulenza tecnica) e decisori (poteri di condanna ed accertamento).²⁶³

Il problema da esaminarsi si pone con riferimento alle controversie prima affidate alla giurisdizione del giudice ordinario, come quelle di opposizione alle sanzioni amministrative.

Già subito dopo l'entrata in vigore della nuova disposizione, erano stati evidenziati i problemi di coordinamento di essa con le precedenti specifiche disposizioni di settore, fra cui quella dell'art.195 TUF che solo un mese prima aveva ribadito la giurisdizione del giudice ordinario, e segnatamente della Corte d'Appello in unico grado, per le opposizioni avverso i decreti ministeriali, adottati su proposta della Consob, irrogativi delle sanzioni amministrative pecuniarie. Si erano perciò prefigurate più possibili alternative: la giurisprudenza avrebbe potuto attribuire rilievo decisivo alla circostanza che il D.lgs.n.80/98 si poneva come *lex posterior* rispetto al TUF, con il risultato di concentrare presso il giudice amministrativo tutte le controversie in materia di mercato mobiliare; ovvero avrebbe potuto ritenere il TUF *lex specialis* rispetto al decreto legislativo sopra menzionato, con la conseguenza di dover considerare ancora vigenti le disposizioni del primo, ovvero ancora avrebbe potuto distinguere tra poteri di vigilanza e poteri sanzionatori in senso stretto, lasciando così questi ultimi fuori dalla sfera di applicazione della giurisdizione esclusiva e quindi sindacabile dal giudice ordinario.²⁶⁴

In particolare, al fine di stabilire la portata della disposizione del citato art.33, il problema era quello di stabilire quale fosse il collegamento, dalla norma espresso con il concetto di "afferenza", fra "pubblico servizio" e "mercato mobiliare", a fronte della considerazione che quest'ultimo per definizione riguarda l'operato di soggetti privati; l'attenzione doveva quindi necessariamente spostarsi sull'attività dell'Autorità indipendente preposta nel mercato mobiliare alla regolazione degli interessi privati in gioco. Dalla formulazione della norma ("...controversie in materia di pubblici servizi, ivi compresi quelli afferenti al credito, alla vigilanza sulle assicurazioni, al mercato mobiliare...") pareva discendere che all'attività di vigilanza da parte della

²⁶³ CARINGELLA, *Le autorità indipendenti*, op. cit., p.622

²⁶⁴ BERTONAZZI, *Commento all'art.33 d.lgs n.80/98*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1998, 207

Autorità indipendente si potesse far riferimento solo ove svolta 'sulle assicurazioni', mentre appariva dover essere considerato afferente ai pubblici servizi l'intero ambito del mercato mobiliare, con tutte le difficoltà di esattamente cogliere quali fossero i pubblici servizi in esso. Sembrava quindi che fosse stato affidato alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (così come già prima avveniva per altre Authorities) tutto il settore del mercato mobiliare, come se esso potesse essere in toto considerato quale servizio pubblico. Al riguardo la dottrina aveva evidenziato che l'estensione di tale più intenso sindacato giurisdizionale a tutta la materia del credito e del mercato mobiliare avrebbe comportato una penetrazione del giudice amministrativo in confini di carattere prettamente privatistico.²⁶⁵

Il legislatore con l'art. 7 L. n. 205/2000 ha colto l'occasione per apportare al precedente testo dell'inciso in esame la piccola, ma significativa²⁶⁶, correzione dell'anticipazione della parola "vigilanza", risultandone la dicitura: "ivi compresi quelli afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare". Si è così chiarito che la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo riguarda le controversie afferenti l'attività di vigilanza (da parte delle rispettive Autorità) non solo sul settore delle assicurazioni, ma anche (per quel che qui interessa) su quello del mercato mobiliare. Tale correzione ha reso evidente che non è il settore del mercato mobiliare, in toto e in quanto tale, che viene considerato "servizio pubblico", ma solo la relativa attività di vigilanza, che sarebbe perciò devoluta alla giurisdizione amministrativa esclusiva.²⁶⁷

Tale affermazione deve necessariamente essere oggetto di verifica, dal momento che l'inclusione dell'attività di vigilanza nel novero dei pubblici servizi rappresenta il primo passaggio logico indispensabile per esaminare la

²⁶⁵ CARINGELLA, *La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Le Società*, n.5/2001, 539 ss

²⁶⁶ Si esprimono nel senso della particolare rilevanza della modifica apportata, CARANTA, *Il controllo giurisdizionale sugli atti delle autorità indipendenti*, in *Le Autorità indipendenti*, a cura di Caringella e Garofoli, Napoli, 2000; FRACCHIA, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Il nuovo processo amministrativo*, a cura di Caringella-Protto, Milano, 2001; GAROFOLI, *I servizi pubblici* (art.33), in AA.VV., *La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, a cura di Caringella, De Marzo, Della Valle, Garofoli, Milano, 2000; PAGANO, *La nuova giustizia amministrativa*, Commento organico alla L. n.205/2000, Simone, 2000, p.52; VOLPE, *I servizi pubblici* (art.7 comma 1 L. n.205/2000), in CERULLI IRELLI, *Verso il nuovo processo amministrativo*, Torino, 2000

²⁶⁷ CARINGELLA, *Le autorità indipendenti*, op. cit.

conseguente questione della ricomprensione dell'attività sanzionatoria all'interno di quella di vigilanza. Pur senza avere la pretesa di esaminare nel dettaglio una questione che meriterebbe di per sé sola ben altro livello di approfondimento, si può in questa sede accennarne i punti fondamentali.

Come già visto, l'individuazione dell'oggetto del trasferimento alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è rimasta avvolta in seri dubbi, principalmente a cagione dell'incertezza derivante dalla mancata definizione normativa della travagliata nozione di "pubblici servizi"²⁶⁸, su cui avrebbe dovuto far perno l'intero sistema. La norma in esame non considera la vigilanza sul mercato mobiliare come servizio pubblico, ma si riferisce soltanto ai servizi pubblici afferenti la vigilanza²⁶⁹. A voler essere rigorosi, quindi, occorrerebbe selezionare all'interno dell'attività di vigilanza quei comportamenti propriamente riconducibili al servizio pubblico per definire l'area di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e, per converso, quella residuale del giudice ordinario quale giudice dell'ordinamento generale.

Sulla nozione di pubblico servizio si è già delineato un conflitto fra le giurisdizioni superiori: il Consiglio di Stato²⁷⁰ ha fornito un'interpretazione estensiva del concetto di pubblico servizio, tale da determinare l'estensione della giurisdizione del giudice amministrativo a tutte le controversie nelle quali vi è un interesse pubblico. Il concetto di servizio pubblico viene inteso dai giudici di Palazzo Spada in senso tanto vasto da ricomprendervi qualsiasi controversia attinente allo svolgimento dell'attività amministrativa in ogni suo aspetto; l'amministrazione va sempre vista come servizio, il giudice amministrativo diviene il giudice naturale, e tendenzialmente unico, della pubblica amministrazione.

²⁶⁸ Per il dibattito dottrinale sulla nozione di servizio pubblico si deve distinguere i sostenitori della teoria oggettiva (POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964; ZUELLI, *Servizi pubblici e attività imprenditoriali*, Milano, 1973; CATTANEO, voce *Servizi pubblici*, in *Enc.dir.*, XLII, Milano, 1990; GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981; MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990) da quelli della teoria soggettiva (CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, in *Mazzaroli e a., Diritto Amministrativo*, I, Bologna, 1998)

²⁶⁹ FRACCHIA, *La giurisdizione esclusiva*, *op. cit.*, in *Il nuovo processo amministrativo*, *op. cit.*

²⁷⁰ Cons. St., Adunanza Plenaria, 30 marzo 2000 n.1 (ord.), in *Foro it.* 2000, III, 365

Tale tesi confligge con la nozione di servizio pubblico accolta in alcune sentenze della Suprema Corte di Cassazione²⁷¹ nelle quali si sostiene l'eccezionalità, a norma della Carta fondamentale, della giurisdizione esclusiva, che può essere stabilita solo su particolari materie.²⁷² Il servizio pubblico sarebbe caratterizzato in questa accezione da un elemento funzionale, oggettivo oltre che soggettivo, consistente in una particolare finalizzazione sociale dell'attività, per cui non sembra sufficiente che vi sia un'inerenza dell'attività medesima ad interessi pubblici, ma occorre una relazione dell'attività con l'interesse degli utenti.

L'una o l'altra accezione sono particolarmente significative per quanto attiene alla ricostruzione della materia devoluta al giudice amministrativo nel settore del diritto finanziario e dei mercati mobiliari.

Un'interpretazione riduttiva e letterale del concetto di servizio pubblico – come quella offerta dalla Cassazione – dovrebbe portare ad escludere a rigore la “vigilanza sui mercati mobiliari” dall'ambito dei servizi pubblici affidati alla giurisdizione del giudice amministrativo scarse essendo le situazioni di tale funzione pubblica riconducibili alla predetta nozione ormai cruciale per la definizione del riparto per blocchi di materie.

Al contrario se ci si colloca nell'ottica della decisione del Consiglio di Stato, ossia si aderisce ad una definizione ampia della nozione di pubblico servizio, in consonanza ad una concezione della giurisdizione amministrativa come giurisdizione naturale della pubblica amministrazione, storicamente evolventesi nel tempo da una struttura di tipo impugnatorio a quella di giurisdizione piena, non si incontrano particolari difficoltà nel ricondurre tutte le attività della vigilanza (controllo, informazione, ispezione, inflizione di sanzioni) alla cognizione del giudice amministrativo.²⁷³

Si cercherà ora di analizzare il passaggio logico successivo, verificando se l'attività sanzionatoria possa essere compresa all'interno della nozione di vigilanza, cosa che non può essere data per scontata ed in equivoca, visto che la modifica apportata al testo dell'art.33 non è stata risolutiva a far chiarezza;

²⁷¹ Cass., sez. un., 30.3.2000, n. 72 e Cass., sez. un., 30.3.2000, n. 71, in Foro it., 2000, I, 2210)

²⁷² CORASANITI, La nuova giurisdizione esclusiva in materia di concessioni dopo l'art. 5 della legge n. 1034 del 1971, in Riv. trim. dir. pubbl., 1976, 217 ss.

²⁷³ MONTEDORO, Questioni di giurisdizione in materia di atti illeciti delle autorità di vigilanza sui mercati, in La nuova giurisprudenza civile commentata, n.1-2, 2002, p.33

forse per eliminare i dubbi che sono comunque residuati, sarebbe bastato che il legislatore avesse aggiunto all'espressione "...afferenti...alla vigilanza" ad esempio l'ulteriore inciso "ed alla attività sanzionatoria".

Infatti, anche se una dottrina ha sostenuto che appare arduo elidere dalla sfera relativa all'attività di vigilanza, attribuita alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, il settore delle sanzioni amministrative, "distinguendo sottilmente tra vigilanza e potestà sanzionatoria o forgiando in via meramente interpretativa una deroga a favore del giudice ordinario non prevista dall'ordinamento e che collide con la tecnica del blocco di materie che caratterizza attualmente il riparto della giurisdizione"²⁷⁴, tuttavia non può negarsi che esista un margine per la possibilità di operare queste distinzioni tra poteri di vigilanza della Consob, attratti nella nuova giurisdizione esclusiva, e suoi poteri sanzionatori in senso stretto, lasciati alla giurisdizione del giudice ordinario secondo le previsioni delle preesistenti disposizioni, ritenute prevalenti alla stregua del criterio della *lex specialis*.²⁷⁵

Alla ricerca di precedenti giurisprudenziali in grado di fornire indicazioni utili alla soluzione della questione, è rilevante richiamare l'orientamento seguito dalle Sezioni Unite della Cassazione²⁷⁶ in materia di poteri sanzionatori dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato: la l. 10 ottobre 1990 n. 287, da un lato (art. 33), prevede che "i ricorsi avverso i provvedimenti amministrativi adottati sulla base delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV della presente legge rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo", dall'altro (art. 31), stabilisce che "per le sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alla violazione della presente legge si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nel Capo I, Sezioni I e II, della legge 24 novembre 1981, n. 689", ossia quelle che, nell'integrare la disciplina generale in materia di sanzioni amministrative, dispongono la competenza funzionale del giudice ordinario sui giudizi di impugnazione delle ordinanze-ingiunzione. Mosse dall'intento di garantire la massima concentrazione dei giudizi nelle materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, le Sezioni unite, hanno affermato che la cognizione dei

²⁷⁴ TRAINA, *La riforma del sistema sanzionatorio amministrativo*, in *Dir. Proc.Amm.* n.2/2001, 379 ss

²⁷⁵ BERTONAZZI, *Commento all'art.33 d.lgs n.80/98*, op. cit., 207

²⁷⁶ Cass., SS.UU., 5 gennaio 1994, n. 52, in *Foro it.*, 1994, I, 732, con nota di a BARONE

ricorsi avverso i provvedimenti sanzionatori adottati dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato va riconosciuta, ai sensi dei citati artt. 31 e 33, al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva, precisando che il riferimento fatto dallo stesso art. 31 alle disposizioni della L. n. 689/81 è unicamente volto a richiamare la disciplina di taluni aspetti sostanziali dell'illecito o della procedura di irrogazione della sanzione e di riscossione.

Un supporto alla tesi secondo la quale la nuova giurisdizione esclusiva si estende fino a comprendere anche le opposizioni alle ordinanze ingiuntive del pagamento di sanzioni pecuniarie, anch'esse da considerarsi quale manifestazione dei poteri di vigilanza, si rinviene in una pronuncia del Consiglio di Stato²⁷⁷. Sia pure nell'ambito di un diverso percorso argomentativo, volto a porre in risalto i dubbi di legittimità costituzionale sollevati dalle nuove clausole di attribuzione della giurisdizione esclusiva (segnatamente nella parte in cui sembrano estendere la cognizione del giudice amministrativo anche a domande di carattere patrimoniale, prive della benché minima correlazione con gli interessi generali al corretto espletamento del servizio pubblico) i Magistrati di Palazzo Spada, hanno preso in considerazione, in modo incidentale, il tema del riparto di giurisdizione in materia di sanzioni amministrative. Hanno così affermato che si porrebbe "ad un risultato interpretativo di dubbia ragionevolezza" ove si aderisse alla tesi che, ritenendo prevalente il criterio speciale di riparto fissato dalla L. n. 689/1981, tiene ferma la giurisdizione ordinaria in materia di opposizione a sanzioni pecuniarie anche nel caso in cui l'illecito amministrativo sia costituito dalla violazione di norme concernenti (in modo diretto e specifico) l'espletamento del servizio, le modalità della vigilanza affidata agli organi amministrativi competenti e la stessa sanzione incidente sullo svolgimento regolare del servizio. In questo modo, infatti, "il giudice ordinario continuerebbe a conoscere di controversie che riguardano la liceità delle condotte di soggetti privati nell'esercizio di pubblici servizi, alla stregua di parametri normativi che, spesso, involgono la valutazione della legittimità e della correttezza degli atti generali e particolari adottati dalle autorità amministrative di governo del settore".²⁷⁸

²⁷⁷ Cons. St., sez V, 9 novembre 1999 n.2440, in *Urbanistica e appalti*, 2000, 45 ss, con nota di De Palma.

²⁷⁸ Cons. St., sez V, 9 novembre 1999 n.2440, in *Urbanistica e appalti*, 2000, 45 ss, con nota di De Palma.

La questione è stata di recente, sia pure incidentalmente, esaminata anche dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato²⁷⁹ con specifico riferimento al contenzioso attinente alle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate ad un farmacista in conseguenza di un suo illecito, ritenuto compreso nella "amplissima dizione dell'art.33"; tale soluzione è stata reputata in sintonia con il menzionato indirizzo delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione²⁸⁰, in forza del quale, "quando in una materia la legge prevede la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, deve intendersi parzialmente abrogato l'art. 23 L. n. 689/81, che prevede la giurisdizione ordinaria per le controversie sulle sanzioni pecuniarie irrogate dall'amministrazione nella medesima materia". Di qui una dottrina ha ritenuto che il Consiglio di Stato avrebbe lasciato intendere, sia pure in modo indiretto, che un'analogha conseguenza potrebbe valere anche per l'attività di vigilanza nel settore del mercato mobiliare.²⁸¹

Un'interpretazione diametralmente opposta è stata, invece, avanzata in una pronuncia del T.A.R. Liguria²⁸² resa su un ricorso volto all'annullamento di un'ordinanza-ingiunzione al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria in materia edilizia, anch'essa devoluta, ai sensi dell'art.34 del D.lgs. n.80/98, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. La tesi della non riconducibilità del potere sanzionatorio all'interno della nozione di "vigilanza e controllo" utilizzata dall'art. 33, co. 2, lett. d), accolta dal giudice amministrativo²⁸³, è fondata sul rilievo che la vigilanza e il controllo costituirebbero solo il presupposto dell'eventuale sanzione; la formulazione

²⁷⁹ Cons. St., Adunanza Plenaria, 30 marzo 2000 n.1 (ord.). Tale ordinanza è commentata da A. TRAVI, *La giurisdizione amministrativa al bivio*, op. cit., 576 e ss.; da V. CARBONE, in *Corr. giuridico*, op. cit., 604 e ss.; da R. GAROFOLI, *L'art. 33 D.Lgs. n.80/98*, op. cit., 602 e ss.; da F. FRACCHIA, *Giurisdizione esclusiva*, op. cit., 365.

²⁸⁰ Cass., SS.UU., 5 gennaio 1994, n. 52, in *Foro it.*, 1994, I, 732, con nota di a BARONE, circa la sussistenza della giurisdizione esclusiva, prevista dall'articolo 33 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nel caso di sanzioni pecuniarie irrogate dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato

²⁸¹ LIROSI, *Intervento*, in *Contributi al diritto e alla scienza dell'amministrazione*, in *Riv. amm. rep. it.*, n.12/2000, p.1269

²⁸² TAR Liguria, sez. I, 15 aprile 1999, n. 181, in *Urbanistica e appalti*, n.12/99, p.1333

²⁸³ L'approccio ermeneutico è accolto dal T.A.R. Liguria che, sia pure con riferimento alla disposizione in tema di edilizia ed urbanistica, afferma che la sanzione amministrativa pecuniaria, in quanto "espressione tipica di potere sanzionatorio, non sembra possa rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 34 D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80".

testuale della disposizione impedirebbe che il giudice amministrativo possa giudicare della legittimità di un'ordinanza-ingiunzione di pagamento di una multa, espressione di un potere punitivo e sanzionatorio, e non già manifestazione interna alla vigilanza, per questo ritenuto oggetto di esclusiva cognizione del giudice ordinario.

Ulteriori interessanti spunti si possono trarre dalle pronunce intervenute nel primo e secondo grado della giustizia amministrativa sul problema dell'individuazione della Autorità Giudiziaria "competente" a giudicare sulle controversie relative agli atti di vigilanza e controllo della Banca d'Italia.

Laddove il TAR Campania²⁸⁴ aveva dichiarato l'inammissibilità, per difetto di giurisdizione del Giudice amministrativo, di un ricorso presentato contro l'approvazione da parte della Banca d'Italia di un piano di liquidazione di un fondo integrativo, il Consiglio di Stato²⁸⁵ ha viceversa ritenuto tale controversia rientrante nell'ambito della giurisdizione esclusiva prevista dall'art. 33 del D.lgs 80/98, nel testo sostituito dall'art. 7 L. n.205/2000. Secondo il Supremo Organo di giustizia amministrativa sono, infatti, affidate alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo tutte le controversie inerenti alla "vigilanza sul credito" e di cui sia parte la Pubblica Amministrazione (siano o meno coinvolti atti amministrativi). Per tale interpretazione, con l'ampia ed omnicomprensiva espressione riguardante i pubblici servizi "afferenti alla vigilanza sul credito" il legislatore ha inteso troncare ogni disputa sulla tutelabilità in sede giurisdizionale delle ingiuste lesioni arrecate con atti o comportamenti inerenti alla "vigilanza sul credito". Questo in quanto "l'art. 33 ha escluso la rilevanza del tradizionale criterio di riparto della giurisdizione... quando una lite è proposta nei confronti di una pubblica Autorità, titolare di potere di vigilanza sul credito".²⁸⁶ A questo riguardo il Consiglio di Stato ha precisato che l'azione di vigilanza è riscontrabile anche quando riguardi attività che non si concretino in servizi pubblici in senso tecnico, stante che la lettera dell'art. 33 qualifica come attività riconducibile ad un servizio pubblico l'attività dell'amministrazione e non quella del soggetto vigilato ("chi gestisce il denaro"). Sull'argomento la stessa sentenza ha richiamato il precedente parere

²⁸⁴ TAR Campania, sez.I, 24 dicembre 1999 n.3373

²⁸⁵ Cons. St., sez. VI, 1 marzo 2001 n.1153

²⁸⁶ Cons. St., sez. VI, 1 marzo 2001 n.1153

dell'Adunanza Plenaria²⁸⁷, secondo cui ai fini del riparto delle giurisdizioni l'art. 33 "ha richiamato la nozione di servizio pubblico nel suo significato giuridico potenzialmente più vasto, quale attività (di qualsiasi natura) connessa alla cura di interessi collettivi".

Ancor più di recente, su questa stessa questione dell'individuazione del giudice competente a conoscere della controversia (promossa da ex dipendenti della Isveimer), diretta a far valere la lesione dei loro diritti pensionistici derivante dal piano di liquidazione del fondo di previdenza aziendale, si sono pronunciate le Sezioni Unite della Cassazione²⁸⁸, che hanno viceversa affermato la giurisdizione del giudice ordinario "essendo di diritto soggettivo l'intrinseca consistenza della posizione giuridica addotta", dopo aver rilevato che l'approvazione ad opera della Banca d'Italia di tale piano di liquidazione non rientrava nell'ambito della nozione di pubblico servizio afferente alla vigilanza sul credito. Si osserva che quest'ultima decisione della Sezioni Unite, pur devolvendo la giurisdizione del caso concreto al giudice ordinario, ciò non di meno non appare contrastante, almeno in linea generale, con il principio affermato dal Consiglio di Stato della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo su tutte le controversie riconducibili all'esercizio dell'attività di vigilanza, ma anzi viene a confermare tale principio, atteso che il rilievo fattuale che ha portato le Sezioni Unite ad una decisione difforme da quella del Consiglio di Stato è stato semplicemente quello di escludere che l'attività di approvazione ad opera della Banca d'Italia esaminata nella fattispecie concreta potesse rientrare nell'ambito della nozione di pubblico servizio afferente all'attività di vigilanza.

Sul problema specifico del Giudice competente al controllo sull'attività sanzionatoria della Consob è stata chiamata a pronunciarsi la Corte d'Appello di Napoli²⁸⁹, adita in sede di opposizione ad una sanzione amministrativa emessa ai sensi dell'art. 195 TUF. La Corte napoletana non ha mancato di rilevare la difficoltà per gli interpreti nel definire con chiarezza, alla luce del nuovo impianto normativo, i confini tra la giurisdizione ordinaria e quella amministrativa e nell'esattamente individuare le materie trasferite con la novella legislativa introdotta con il D.lgs. n. 80/98 e poi precisata con l'art. 7 L.

²⁸⁷ Cons. St., Adunanza Plenaria, 30 marzo 2000 n.1 (ord.), cit.

²⁸⁸ Cass., SS. UU. 17 gennaio 2002 n. 489, in *Diritto e Giustizia* n.5 del 9 febbraio 2002 pag. 67.

²⁸⁹ Corte d'Appello di Napoli, sez. I, 5 luglio 2001

n.205/2000; le espressioni utilizzate dal legislatore sono state dalla Corte definite “poche, ermetiche e non chiare”. Secondo la Corte, nonostante la singolarità della già sottolineata circostanza che il legislatore possa essere ritornato sulla materia dopo aver solo un mese prima, con l’art. 195 TUF, affidato il controllo giurisdizionale sulle sanzioni amministrative alle Corti d’Appello, il principio da adottarsi per la successione delle leggi nel tempo sarebbe senz’altro quello dello *jus superveniens*. Nemmeno si porrebbe un problema di rapporto fra legge speciale e legge generale, sul rilievo che il legislatore avrebbe introdotto un nuovo e generale assetto della giurisdizione in determinate materie, affidate al Giudice Amministrativo per blocchi. A fronte di tali considerazioni, la Corte napoletana ha ritenuto di poter far leva sulla impostazione e sulla soluzione della tematica adottate con la sopra richiamata sentenza del Consiglio di Stato²⁹⁰ e - pur senza affrontare la questione centrale della ricomprensione degli atti emanati nell’ambito della potestà sanzionatoria della Consob all’interno della nozione di “vigilanza sul mercato mobiliare” - ha quindi dichiarato il proprio difetto di giurisdizione a conoscere della opposizione, in favore del Giudice amministrativo.²⁹¹

In effetti, ove si potesse affermare che l’attività sanzionatoria fosse da ritenersi inclusa all’interno della nozione di “vigilanza sul mercato mobiliare”, il nuovo testo dell’art.33 (dopo l’intervento della L. n.205/2000) non lascerebbe troppi margini di dubbio sulla intervenuta devoluzione alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo delle controversie sulle sanzioni amministrative della Consob.

Decisiva a tal fine è la verifica della sussistenza di un rapporto di strumentalità²⁹² tra i due poteri sanzionatorio e di vigilanza come sostenuto

²⁹⁰ Cons. St., sez. VI, 1 marzo 2001 n.1153

²⁹¹ Corte d’Appello di Napoli, sez. I, 5 luglio 2001

²⁹² Sul rapporto di strumentalità tra il potere sanzionatorio e quello di vigilanza (e viceversa) si veda RORDORF, *La Consob come autorità indipendente nella tutela del risparmio*, in Foro it., 2000, V, 146; CREMONA, *Le Autorità indipendenti*, in *Diritto Amministrativo*, a cura di Di Benedetto, Maggioli, 1999, p.1066, parla di “stretto legame sussistente tra controlli e sanzioni”; LOMBARDI, *Autorità amministrative indipendenti: funzione di controllo e funzione sanzionatoria*, in *Dir. Amm.*, 1995, p.633; BANI E., *Il potere sanzionatorio*, *op. cit.*, p.39 “Se è vero che il potere sanzionatorio è un tutt’uno con quello di vigilanza e di regolazione, anche le forme di tutela contro l’esercizio dello stesso ne verranno influenzate. In particolare, più il potere sanzionatorio assumerà connotati di strumentalità alla vigilanza, tanto più si allontanerà dal modello esclusivamente afflittivo che è alla base della disciplina generale delle sanzioni amministrative dettata dalla 689/81 e pertanto richiederà adattamenti sempre più derogatori, anzi autonomi, rispetto a quella disciplina.”

dalla dottrina sostanzialistica per la quale le sanzioni amministrative costituiscono uno strumento per la tutela indiretta²⁹³ di interessi pubblici ed per la realizzazione di funzioni e di interessi imputati alla stessa amministrazione titolare della potestà sanzionatoria²⁹⁴.

Il punto è stato di recente affrontato ex professo dal TAR Lazio, il quale, adito in sede di ricorso per l'annullamento di sanzioni amministrative pecuniarie ai sensi dell'art. 144 TUB, nell'esaminare la questione della giurisdizione ha affermato che l'irrogazione di sanzioni deve essere considerata come un momento della vigilanza, da intendersi come "inscindibilmente comprensiva" ("inclusiva"), oltre che dei poteri istruttori, ispettivi, permissivi e regolamentari, anche del potere sanzionatorio che con essi "si integra e forma sistema munendo la vigilanza di effettività".²⁹⁵ Per il TAR Lazio, dunque, l'attività sanzionatoria dell'Autorità indipendente ha una evidente "diretta inerenza" a quella di vigilanza, avendo al riguardo la Corte Costituzionale riconosciuto, proprio in considerazione di tale "diretta inerenza", l'ammissibilità per le sanzioni amministrative pecuniarie di regimi di tutela giurisdizionale diversi da quello generale di cui alla L. n. 689/81.²⁹⁶ Secondo il TAR, del resto, il potere sanzionatorio ha come finalità fondamentali quelle stesse che sono proprie della vigilanza sul settore regolato.²⁹⁷ Per queste considerazioni il Tribunale amministrativo romano ha affermato che la normativa dello specifico settore (nella fattispecie art.145 TUB), che prevedeva la tradizionale competenza della Corte d'Appello (di Roma), è stata "tacitamente abrogata" (almeno in parte qua) dall'articolo 7 della L. n. 205/2000". Infatti, la contraria interpretazione tesa a tener fuori dalla nozione di vigilanza i poteri sanzionatori contrasterebbe con la scelta legislativa a favore

²⁹³ BENVENUTI, *Autotutela*, Enc.dir.,IV, Milano, 1959, p.550, secondo cui "il nome di sanzioni amministrative in senso stretto va riservato a quelle ipotesi in cui la comminazione di una misura svantaggiosa per il privato non consegue lo scopo di assicurare la esecuzione di un precetto attraverso la soddisfazione di un interesse dell'amministrazione, garantito da quel precetto, ma agisce indirettamente per quello scopo limitandosi a costituire un effetto dannoso per chi abbia posto in essere il comportamento difforme dal precetto. Le sanzioni, come decisioni di autotutela indiretta, nè raggiungono lo scopo perseguito dall'amministrazione nè soddisfano il relativo interesse, ma si pongono come forme strumentali rispetto ad essi."

²⁹⁴ TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983

²⁹⁵ TAR Lazio, sez. I, 7 settembre 2001

²⁹⁶ Corte Cost., 4 marzo 1999, n. 49 in Giur. cost. 1999, 647 con nota di D'Elia

²⁹⁷ La fattispecie esaminata è quella dell'art. 5 del TUB, speculare all'art. 5 del TUF

di una giurisdizione di natura esclusiva nella materia. Solo la concentrazione in capo al Giudice amministrativo della cognizione di tutta la fenomenologia in questione, infatti, risulta tale da soddisfare le esigenze che il legislatore aveva di mira di coerenza nelle risposte giudiziali e di semplificazione; essa appare pienamente coerente con la recente tendenza del legislatore a radicare nell'alveo della giurisdizione amministrativa il sindacato sulla attività delle Autorità amministrative indipendenti ed in particolare sulle sanzioni pecuniarie inflitte ai consociati dalle medesime nell'esercizio delle loro attribuzioni.²⁹⁸

Un argomento normativo a favore della comprensione del potere sanzionatorio all'interno di quello di vigilanza si trae dalla lettura della legge 5 marzo 2001 n. 57²⁹⁹, dove all'art.6 ("ricorsi") è stabilito (con abrogazione di ogni diversa disposizione) che nei confronti dei provvedimenti sanzionatori in tema di assicurazioni private e di attività connesse la tutela è demandata al giudice amministrativo. La nuova disposizione prevede che in tal caso il giudice provveda "a norma degli articoli 33 comma 1 e 45 comma 18 del decreto legislativo n. 80/98". Entrambi i riferimenti normativi assegnano a questa disposizione valore di interpretazione autentica con riferimento all'art. 33 comma 1, atteso il precedente contrasto di interpretazioni a proposito dell'ambito di inerenza alla giurisdizione esclusiva delle vertenze sulle sanzioni in esame.³⁰⁰

Di conseguenza, pur se l'art. 6³⁰¹ L. n.57/2001 riguarda direttamente solo le sanzioni in materia di assicurazioni private e non le altre attività economiche richiamate nell'art. 33 comma 1, considerando il valore di interpretazione autentica di tale norma, risulta difficile sostenere che la nozione di "vigilanza" comprenda al suo interno i provvedimenti sanzionatori solo nel

²⁹⁸ TAR Lazio, sez. I, 7 settembre 2001

²⁹⁹ Pubblicata nel Supplemento ordinario alla Gazzetta Ufficiale n.74 del 29 marzo 2001

³⁰⁰ SIGISMONDI, *Commento all'art.7 L. n. 205/2000*, in Commentario alle disposizioni in materia di giustizia amministrativa, a cura di Travi, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2001, p.636

³⁰¹ "1. Avverso il provvedimento col quale... irroga la sanzione per le infrazioni di cui all'art. 5, è ammesso ricorso al giudice amministrativo che provvede a norma degli articoli 33 comma 1 e 45 comma 18 del decreto legislativo 31 marzo 1998 numero 80. 2. La disposizione del comma 1 e si applica anche ai provvedimenti di irrogazione di sanzioni pecuniarie ovvero disciplinari previste da ogni altra norma che disciplina l'esercizio delle assicurazioni private..."

settore delle assicurazioni e non anche in tutti gli altri considerati dall'art.33 ed in particolare in quello del mercato mobiliare.³⁰²

Ulteriore conferma del generale prevalere dell'orientamento in favore della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per il sindacato sugli atti delle Autorità indipendenti si può trarre dalle previsioni delle recenti proposte di legge contenenti "disposizioni in materia di Autorità indipendenti" e tendenti ad una riforma organica dell'intero panorama delle Authorities.

Laddove in sede di Commissione Bicamerale per la riforma costituzionale, assieme alla proposta di inserire tali organismi nella Carta Costituzionale, era stato previsto, in linea con l'auspicio di parte della dottrina³⁰³, un controllo giurisdizionale "ridotto" nel senso che i loro atti avrebbero potuto essere impugnati direttamente al Consiglio di Stato³⁰⁴, pretermettendo il giudizio di primo grado innanzi al T.A.R., una proposta di legge³⁰⁵ presentata recentemente alla Camera e al Senato, prevede all'art. 11.

³⁰² SIGISMONDI, *Commento all'art.7 L. n. 205/2000*, op. cit., p.636

³⁰³ Parte della dottrina, per assicurare che la tutela non risenta di eccessivi ritardi, ha suggerito di eliminare un grado di giudizio, individuando casi di giurisdizione in unico grado del Consiglio di Stato "semmai dotato della piena giurisdizione" (CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in AA.VV., *I garanti delle regole*, op. cit., p.221 il quale si chiede se "non si dovrebbe, sull'esempio francese (impugnazione alla corte d'appello di Parigi), portare il ricorso direttamente al consiglio di stato, se mai dotato della piena giurisdizione propria del giudice francese?). Nello stesso senso CARANTA, *Il giudice delle decisioni*, op. cit., in AA.VV., *I garanti delle regole*, op. cit., p.182 che suggerisce che il Consiglio di Stato potrebbe "eventualmente operare in forma monocratica". Altro autore (MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle Autorità indipendenti*, in *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, a cura di Predieri, 1998, p.253) si impegna a dimostrare come tale soluzione non troverebbe ostacoli di natura costituzionale ed in particolare non confliggerebbe con la disposizione di cui all'art. 125 comma 2 Cost., se si ritiene che quest'ultima non abbia costituzionalizzato il principio del doppio grado di giudizio nel processo amministrativo.

³⁰⁴ Il Commissario Consob Lamberto Cardia, in proposito ipotizza, "a titolo puramente indicativo, una giurisdizione unica di massimo livello in caso di atti regolamentari aventi sostanziale natura di normativa secondaria e una giurisdizione di doppio grado per tutti gli altri atti, in genere di valenza amministrativa, eccezion fatta per alcune tipologie (come nel caso dell'Autorità per la Privacy) per la quale sia da considerare la disciplina in essere che prevede il ricorso alla stessa Autorità alternativo a quello del giudice ordinario." CARDIA, *Il ruolo delle Autorità indipendenti nell'ordinamento italiano fra controllo, garanzia e regolamentazione*, Intervento al corso di specializzazione in Diritto, Economia e Tecnologie della Comunicazione digitale "Campus Lex et Media" organizzato da Mediaset, Roma 23 gennaio 2002, su www.consob.it

³⁰⁵ Disegno di legge n.956, d'iniziativa dei senatori AMATO, MANCINO, VILLONE, MARINI, PASSIGLI e BOCO, presentato al Senato e comunicato alla Presidenza l'11 dicembre 2001. Lo stesso testo è contenuto nella proposta di legge n.2052 d'iniziativa dei deputati LETTA, PINZA, BRESSA, FISTAROL, MACCANICO, MICHELI, VERNETTI, presentata alla Camera il 29 novembre 2001

(“Ricorsi avverso i provvedimenti dell’Autorità”) che “avverso i provvedimenti delle Autorità è sempre ammesso ricorso giurisdizionale innanzi al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva. La competenza è attribuita al tribunale amministrativo regionale del Lazio.”

Peraltro, anche la c.d. Commissione “Frattoni” che sta provvedendo alla redazione di un organico progetto di regolamentazione dell’universo delle Autorità Indipendenti risulterebbe essere orientata nel senso della conferma del doppio grado di giurisdizione amministrativa.

Se questo è il riepilogo, allo stato attuale, della situazione concernente il problema dell’individuazione di quale sia il giudice deputato al controllo dei decreti sanzionatori del Ministero dell’Economia emessi su proposta della Consob, come fin qui si è determinata tramite le pronunce della giurisprudenza e i contributi della dottrina sopra richiamati, si evidenzia che nella pratica giudiziaria si continua a riscontrare una, per verità, peculiare condizione di incertezza che non pare destinata a dissolversi finché non intervenga una parola definitiva da parte delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.³⁰⁶

Nel Bollettino quindicinale della Consob continuano a venir pubblicate decisioni (assunte con decreto motivato) con cui il Giudice ordinario, specificatamente la Corte d’Appello di Milano persiste nel giudicare sulle opposizioni ai sensi dell’art. 195 TUF proposte nei confronti dei decreti sanzionatori da parte degli operatori del mercato mobiliare, tenendo per tamquam non esset i sopra richiamati dicta che confermerebbero la devoluzione al Giudice amministrativo della giurisdizione su questa materia.

Invero, gli argomenti sopraesposti paiono formare un quadro sufficientemente nitido a favore della comprensione del potere sanzionatorio all’interno della nozione di vigilanza e della conseguente devoluzione al Giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva delle impugnazioni avverso i provvedimenti sanzionatori della Consob.

L’unica strada percorribile per cercare di mantenere nella giurisdizione delle Corti d’Appello³⁰⁷ almeno le controversie originate dall’irrogazione di

³⁰⁶ Si segnala che la Consob ha deliberato di presentare ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione innanzi alla Corte di Cassazione.

³⁰⁷ La Consob sembra per *facta concludentia*, visto che si guarda bene dal sollevare davanti alle Corti d’Appello l’eccezione del loro difetto di giurisdizione, orientata ad evitare la devoluzione delle controversie al TAR.

sanzioni nei confronti dei c.d. “esponenti aziendali”³⁰⁸, anche laddove venisse riconosciuta la sussistenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per le controversie concernenti provvedimenti sanzionatori emanati nei confronti dei soggetti sottoposti alla vigilanza della Consob, passa attraverso un sottile ragionamento. Ove venisse statuito che l’art.7 L. n.205/2000 ha compreso nell’ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie concernenti provvedimenti sanzionatori adottati nei confronti dei soggetti sottoposti alla vigilanza della Consob, si potrebbe evidenziare come in effetti gli esponenti aziendali non siano i soggetti “vigilati”, ma solo quelli sanzionati, nel senso che nei loro confronti è decretata dal Ministero dell’Economia l’irrogazione della sanzione. “Vigilati”, infatti, ai sensi dell’art.5 comma 4 TUF sono i “soggetti abilitati”, i quali a loro volta sono identificati dall’art.1 comma 1 lett. r) con “le imprese di investimento, le società di gestione del risparmio, le Sicav”, che corrispondono alle società di appartenenza degli esponenti aziendali sanzionati le quali sono solo destinatarie dell’ingiunzione di pagamento della sanzione e tenute ad esercitare il diritto di regresso.

Secondo questa impostazione, quindi, in tutti i casi in cui il decreto sanzionatorio fosse rivolto ad esponenti aziendali, la giurisdizione sull’eventuale opposizione continuerebbe a rimanere attribuita alle Corti d’Appello, sul rilievo che tali soggetti non rientrerebbero nella schiera di quelli sottoposti alla vigilanza (diretta) della Consob.

In presenza di ricorsi proposti dai promotori finanziari contro provvedimenti sanzionatori loro inflitti non varrebbe, invece, l’argomento che essi non siano soggetti sottoposti alla vigilanza della Consob, dal momento che nei loro confronti essa esercita in via diretta i propri poteri di vigilanza regolamentare (art. 31 comma 6 TUF), informativa ed ispettiva (art. 31 comma 7), nonché la propria potestà sanzionatoria (art.196).

La devoluzione alla giurisdizione amministrativa delle controversie concernenti il controllo sulle sanzioni amministrative della Consob farà emergere la problematica che mentre il giudice ordinario, cioè la Corte d’Appello, aveva una cognizione piena sulla sanzione contro la quale era mossa opposizione e quindi, nella valutazione di ogni elemento della fattispecie concreta, poteva modificare il provvedimento opposto anche intervenendo

³⁰⁸ Questi ultimi sono i “soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo” menzionati dagli artt.190 e 193 TUF come soggetti passivi di tali norme.

sull'entità della sanzione, siffatto potere difficilmente risulta riconoscibile in capo al giudice amministrativo, normalmente adito al solo fine dell'annullamento dell'atto impugnato.³⁰⁹

Va da sé, sotto altro profilo, che, laddove il sistema delle impugnazioni delineato dall'art. 195 TUF consentiva un unico grado di giudizio davanti alle Corti d'Appello, la devoluzione della giurisdizione al giudice amministrativo e quindi ai Tribunali Amministrativi Regionali comporterebbe l'effetto di arricchire la tutela dei soggetti sanzionati di un secondo grado di giudizio (Consiglio di Stato) a cognizione piena nel merito, anche sulla richiesta di sospensione, in fase cautelare, del provvedimento impugnato.

³⁰⁹ TRAINA, *La riforma, op. cit.*, 386